PROPOSED AMENDMENTS TO SECTION 45 OF THE COMPETITION ACT

McCarthy Tétrault
August 2001

INTRODUCTION

We have been asked by the Commissioner of Competition for our views on possible amendments to section 45 of the *Competition Act*[1] (the "Act"). More specifically the Commissioner, in the terms of reference setting out our mandate, has requested that we consider the feasibility of a "two-track" approach which would have the following general characteristics:

1. a criminal provision would prohibit as *per se* offences agreements to fix prices, share markets, restrict output and engage in primary or secondary boycotts directed at a competitor; subjective *mens rea* would be required as to the formation of the agreement, but only objective *mens rea* would be necessary in relation to the effects of the agreement on competition;

2. there would be an appropriate exception or defence to this criminal prohibition based on the "ancillary restraint doctrine"; and

3. a civil provision would apply to "complex competitor agreements[2] incorporating an appropriate rule of reason analysis to evaluate both the impact on competition and the reasonableness of the agreements from a public interest perspective".

The appropriateness of the current section 45 of the Act and its possible amendment probably constitute the most significant and complex challenge faced today in Canadian competition law. How to deal with competitor agreements has been at the heart of antitrust debate in Canada for more than thirty years. In the United States, commentators and the courts have for years struggled with where to draw the line between *per se* and rule of reason situations. The European Commission is in the midst of making fundamental changes to its approach to the enforcement of Article 81 of the EC Treaty dealing with anti-competitive agreements[3].

We have had only a short period of time to consider this complex question. We point this out because the nature and extent of our contribution are a function of the limited time we were granted to consider the extremely complex issues raised by our

---

1 R.S.C. 1985, c. C-34 as amended.

2 We assume that this new civil provision would apply only to agreements that otherwise have a significant adverse impact on competition.

3 EC, *White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the E.C. Treaty* [1999] O.J.C. 132/1.

terms of reference. For example, we have not been able to fully analyze the scope of foreign law on the issues discussed in this paper or obtain expert input on economic issues.

We have agreed to consider this issue because we believe strongly that the current section 45 is flawed and must be amended. We are not the first to consider whether changes to the law are necessary to deal with horizontal agreements. The concept of a *per se* prohibition was first proposed as far back as 1969 by the Economic Council[4] and soon found its way, albeit in a rather complex form, in a Government Bill[5] which generated a lengthy debate and was subsequently abandoned. The issue was again in the limelight in the 90's, when the Supreme Court of Canada handed down its decision on the constitutional validity of section 45 in *Nova Scotia Pharmaceutical Society* [6]. This significant judicial development, coupled with the growing incidence of strategic alliances, led some highly respected commentators to suggest revamping section 45 to provide for a two-track approach whereby certain so-called "hard core cartels" would be prohibited irrespective of their effect on competition (*"per se"*), while other types of agreements between competitors would be subject to civil review and to a "rule of reason" analysis[7]. A private member bill containing provisions to this effect, Bill C-472, was tabled in the House of Commons[8] and a public consultation on this and other private

---

4 Economic Council of Canada, *Interim Report on Competition Policy*, (Ottawa, 1969), at 102.

5 Bill C-256, *An Act to Promote Competition, to provide for the general regulation of trade and commerce, to promote honest and fair dealing, to establish a Competitive Practices Tribunal and the office of the Commissioner, to repeal the Combines Investigation Act and to make consequential amendments to the Bank Act*, 3d Sess., 28th Parl., 1970-1971, s. 16 [hereinafter Bill C-256].

6 *R.* v. *Nova Scotia Pharmaceuticals Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, sometimes referred to a the "PANS case".

7 See *inter alia* W.T. Stanbury, "Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform" (National Conference on the Centenary of Competition Law and Policy in Canada, Toronto, 24-25 October 1989) [unpublished] [hereinafter Stanbury]; T. Ross, "Proposals for a New Canadian Competition Law on Conspiracy" (1991) 36 Antitrust Bull. 851; P.L. Warner and M.J. Trebilcock, "Rethinking Price-Fixing Law" (1993) 38 McGill L.J. 679 [hereinafter Warner and Trebilcock]; J.T. Kennish and T.W. Ross, "Towards a New Approach to Agreements between Competitors" (1997) 28 Can. Bus. L.J. 22 [hereinafter Kennish and Ross].

8 Bill C-472, *An Act to Amend the Competition Act (conspiracy agreements and right to make private applications), the Competition Tribunal Act (costs and summary dispositions) and the Criminal Code as a consequence*, 2nd Sess., 36th Parl., 1999-2000, ss. 1 and 7; Bill C-472 died on the Order Paper with the dissolution of Parliament on October 22, 2000.

bills was undertaken by the Public Policy Forum, which issued its report on December 20, 2000[9].

We propose to first discuss section 45 as it presently stands. We need to fully understand the scope of current law and be satisfied that it does raise serious problems[10] before considering these problems and evaluating possible solutions. This will allow us to make suggestions as to how, in our view, section 45 should be redrafted.

THE CASE FOR AMENDING SECTION 45

1. Current Law

Section 45 prohibits all agreements which unduly restrict competition, not just hard core cartels such as price-fixing or market-sharing agreements. It can apply to any agreement which is likely to lessen competition, such as joint ventures, mergers and strategic alliances, including specialization agreements[11]. It applies not only to agreements between competing sellers, but also between competing buyers and could therefore, for example, apply to a buying group. Finally, although it has largely been used against horizontal agreements, nothing prevents section 45 from being applied to vertical agreements.

Section 45 creates an indictable offence of the most serious kind, punishable by heavy fines and jail terms of up to five years. Mr. Justice Gonthier, speaking for a unanimous Supreme Court of Canada in *Nova Scotia Pharmaceutical,* stated that section

---

9 Public Policy Forum, *Amendments to the Competition Act and the Competition Tribunal Act: A report on Consultations, Final Report Submitted to the Commissioner of Competition*, (Ottawa, December 20, 2000) [unpublished].

10 Some commentators have suggested that the case for change may not have been convincingly made: McMillan Binch, "Submission to the Public Policy Forum Regarding Proposals to Amend the Competition Act Contained in Bills C-471 and C-472" (30 June 2000) [unpublished]; Lang Michener, "Report to the Public Policy Forum" (2000) [unpublished]; Canadian Bar Association, National Competition Law Section, "Submission on the Public Policy Forum Consultation Concerning Amendments to the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act*" (March 2001) [unpublished].

11 In fact, sections 45.1, 79(7), 90 and 98 of the Act confirm that section 45 could apply to a merger, a joint venture, a specialization agreement and joint dominance resulting from an agreement; the *Information Bulletin on Strategic Alliances* also confirms that section 45 applies to strategic alliances. (Industry Canada, Director of Investigation and Research, *Information Bulletin on Strategic Alliances* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1995) at section 3.2.

45 remains at the core of the criminal part of the Act and is not just "another regulatory provision"[12].

Parliament chose to prohibit only those agreements which "unduly" lessen competition. The effects or likely effects of the agreement on competition must therefore be measured, which means that the relevant market must be defined, a difficult and contentious endeavour in many cases. While section 45 is a true criminal prohibition, it does not specify at which point the lessening of competition is significant enough to become "undue" and therefore attract criminal sanction. This makes it virtually impossible in many cases to assess whether a particular agreement constitutes a criminal offence. There are of course situations where it is readily apparent that competition will be lessened to a very significant degree as a result of an agreement: if all, or almost all, members of an industry agree to fix the price at which their product is sold and if the market can readily be defined, the agreement would unduly lessen competition. It is, in fact, in such situations that the Attorney General has succeeded in obtaining guilty pleas and very considerable fines from both corporations and individuals. The problem is not with such agreements, but rather with other competitor agreements where the market is difficult to define or, even if it is readily definable, where only some competitors participate in the agreement.

The critical question under section 45 as drafted is the meaning of the term "unduly". Prior to *Nova Scotia Pharmaceutical,* the courts had interpreted "unduly" first by stating what was not relevant to determine whether an agreement offends section 45: unduly was not to be determined by reference to whether the prices agreed upon were reasonable, or the profits realized not excessive, or to whether the agreement was necessary to stabilize the industry or preserve jobs[13]. The courts then stated that a lessening of competition was undue if it was "improper, inordinate, excessive or oppressive"[14], a list of synonyms which did not really clarify the matter. Despite numerous decisions interpreting "unduly", businesses were still left without meaningful

---

12 *Supra* note 6 at 649.

13 *Weidman* v. *Shragge* (1912), 20 C.C.C. 117 at 147, 152 (S.C.C.); *Stinson-Reeb Builders Supply Co.* v. *R.* (1929), 52 C.C.C. 66 at 70 (S.C.C.); *Container Materials Ltd.* v. *R.*, [1942] S.C.R. 147 at 152.

14 *Weidman* v. *Shragge, ibid.* at 151-152; *R.* v. *Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505 (Ont. C.A.).

guidance as to what agreements were prohibited. In fact, some decisions actually recognized that section 45 was vague and difficult to interpret[15].

This state of uncertainty paved the way for the constitutional challenges[16] of the late 80's, which would culminate in the Supreme Court of Canada's decision in *Nova Scotia Pharmaceutical*[17].

It is not necessary to discuss at length the Charter issues decided in *Nova Scotia Pharmaceutical*. Suffice it to say that the Court concluded that, notwithstanding the obvious lack of precision of the word "unduly", section 45 was not sufficiently vague to offend section 7 of the Charter. The Court also rejected a Charter argument based on section 45(2.2), which provides that the Crown is not required to establish the accused's criminal intent with respect to the undue lessening of competition. The Court held that the Crown only had to prove an objective *mens rea* with respect to the effect of the agreement, but that this complied with the Charter.

The significance of *Nova Scotia Pharmaceutical*, for our purposes, is that, in disposing of the Charter arguments, the Court considered section 45 extensively and it specifically addressed the issue of what constitutes an undue lessening of competition.

Notwithstanding the Court's conclusion that section 45 is not void for vagueness under the Charter, the decision in *Nova Scotia Pharmaceutical*, as we shall see, contributed to the existing uncertainty. The Court did however clarify what factors should <u>not</u> be considered in determining whether an agreement offends section 45. The only relevant issue is the effect of the impugned agreement on competition: factors such as the benefits to the parties and, more importantly for our purposes, "counterbalancing efficiency gains ... lie ... outside of the inquiry"[18]. As a result, the parties commit a criminal offence notwithstanding that the agreement, which unduly lessens competition, results in significant and potentially off-setting efficiencies. Under section 45 as it stands today, there is therefore no room for a consideration of efficiencies as part of a "rule of reason" analysis, as is the case in the United States.

---

15 *Weidman* v. *Shragge*, *ibid.* at 130; *Howard Smith Paper Mills Ltd* v. *R.*, [1957] S.C.R. 403 at 425; *R.* v. *Electrical Contractors Ass'n*,(1961), 131 C.C.C. 145 at 152-156 (Ont. C.A.); *R.* v. *J.J. Beamish Construction Co. Ltd.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260 at 273 (Ont. C.A.); *Canada (A.G.)* v. *Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206 at 273.

16 *Association québécoise des pharmaciens propriétaires* v. *Canada (P.G.)*, [1991] R.J.Q. 205; *R.* v. *Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1990), 32 C.P.R. (3d) 259 (N.S.S.C. (T.D.)); *R.* v. *Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1991), 36 C.P.R. (3d) 173 (N.S.S.C. (A.D.)).

17 *Supra* note 6.

18 *Ibid.* at 647.

The Court then indicated what factors should be considered to determine if a lessening of competition is undue. The Court stated that "... there are two major elements to this inquiry, that is (1) the structure of the market and (2) the behaviour of the parties to the agreement"[19].

Undueness is first a function of the market power of the parties to the agreement. This requires defining the relevant product and geographic markets, a task fraught with complexity; indeed economists often disagree on the definition of a particular market even though they all rely on sound economic reasoning[20]. The Court actually referred to the "intricacies of outlining the relevant market" and recognized that this may "... require considerable inquiry"[21]. Once the market is defined, one then looks at the combined market share of the parties to the agreement, although the Court did not specify what market share is sufficient to trigger the application of section 45.

The Court however added that "market share alone is not determinative ..."[22]. Many other factors must be taken into account to determine whether the parties have market power, including the following:

(a) the number of competitors and the degree of concentration;

(b) the barriers to entry;

(c) the geographic distribution of buyers and sellers;

(d) the differences in the degree of integration among competitors;

(e) product differentiation;

(f) countervailing power; and

(g) cross-elasticity of demand.

---

19 *Ibid.* at 651.

20 One need only consider examples such as potato chips (salted snacks? snacks? food?) and carbonated soft drinks (branded and/or unbranded? all non-alcoholic beverages? all beverages?) to be convinced of the difficulty of defining the relevant product market, not to mention the relevant geographic market.

21 *Ibid.* at 652.

22 *Ibid.* at 653.

A business person is therefore required to consider all of these factors (a list which the Court indicated is not exhaustive) to determine if the parties to a contemplated agreement might have enough market power to commit a criminal offence[23].

According to *Nova Scotia Pharmaceutical*, however, market power is not determinative of the question; another factor which needs to be considered is the "behaviour" of the parties. According to the Court, this refers to the facet of competition affected by the agreement and how important it is to the customers. Consideration must also be given to the object of the agreement and "... the manner in which the agreement has been or will be carried out and, in general, any behaviour that tends to reduce competition or limit entry"[24]. The Court's reasons for judgment are not explicit as to what is meant by the "manner" in which the agreement is carried out, or what types of "behaviour" are relevant to this analysis. Our hypothetical business person has an even more daunting task with respect to behaviour than with respect to determining whether the parties have market power. This problem is heightened by the fact that the Court does not mention whether "good" behaviour should also be considered in the analysis.

After determining what factors need to be considered, the Court further stated that "unduly" is a function of the interrelationship between the parties' market power and their behaviour. If the conduct is highly injurious to competition, such as price fixing and market sharing, the parties do not need to have a high degree of market power to lessen competition unduly. Conversely, if their market power is considerable, any agreement affecting competition may be contrary to section 45, even if the behaviour is not so prejudicial.

Having thus summarized the inquiry mandated by section 45, the Court held that it did not violate the Charter on grounds of vagueness. The constitutional challenge may have been solved but, as professor Trebilcock wrote in a recent article, the Court may not have "been especially successful in clarifying the content and scope of section 45(1)(c)".[25] In our view, determining whether an agreement lessens competition unduly is now even more complex and, as a result, more uncertain than it was before. In the

---

23 The Court added that it is not necessary for the parties to dominate or control a market completely (which is provided in section 45(2)) and stated that a "moderate" level of market power will suffice (*Ibid.* at 654); the Court in this regard refered to *R.* v. *Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (Qc. Q.B.), which, interestingly, dealt with an agreement between buyers where the combined market shares of the parties was found to be between 56 and 74 %.

24 *R.* v. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra* note 6 at 355 (emphasis added).

25 M.J. Trebilcock, "The Supreme Court and Strengthening the Conditions for Effective Competition in the Canadian Economy" (2000) 80 Can. B.R. 542, at 603.

current environment, the parties have to carry out a full competitive analysis to determine whether they have market power, deal with the ill-defined concept of behaviour and somehow measure if the combination of these two factors exceeds a threshold of "seriousness", a concept which cannot be objectively ascertained.

2. Problems Raised by Section 45

(a) Inappropriate Use of Criminal Law

Because of the uncertainty relating to its interpretation, section 45 does not meet the basic standards of clarity and predictability which should characterize criminal offences. In addition, while the economic analysis mandated by *Nova Scotia Pharmaceutical* is not unusual in competition law, such analysis is ill–suited in the context of the enforcement of a criminal provision. The following excerpt on the limitations of criminal law from Skeoch and McDonald, two of the most respected commentators on Canadian competition law, is of particular relevance to the issues discussed here:

> "One of the central difficulties with using the criminal law in this field is that the function of criminal law and the purpose and capacity of the criminal sanction depend upon a substantive prohibition that is defined sufficiently precisely in advance that a person has fair notice, before engaging in the conduct, that it is against the law and the public interest for him to do so. Ideally a widely accepted moral disapproval of the conduct exists in addition to the specific prohibition. Competition law, however, cannot realistically define many undesirable events except in terms of their economic effect or likely economic effect. Mergers, uses of market power, and price differentials, for example, are desirable, inconsequential, or harmful only according to the market context in which they occur.
>
> The growing complexity of the economy, and of economic analysis, has no doubt contributed significantly to the inability to frame many effective specific laws in this field. It has also contributed to the disappearance of much of the moral force underlying the original enactment of combines laws. The point is that there are situations where businessmen do things that, while they should be prohibited, nevertheless do not warrant the ignominy of criminal charge and conviction.
>
> Not only is the exclusive use of criminal law in this field negative and confrontationist in approach and effect, but criminal procedures are slow, costly and procedurally cumbersome. The publicly imposed sanctions for breach of criminal laws are severe and the procedural safeguards to prevent unwarranted conviction are accordingly more stringent than the comparable safeguards in civil actions. [...]

> Criminal law does have a vital role to play in the total enforcement scheme but only in the limited sphere where it can be effective, namely, with respect to conduct that can be defined with a reasonably high degree of precision and that is generally agreed to be contrary to the public interest regardless of its more specific factual context. In those areas of deliberate deviance criminal penalties should be as severe as might be required to stamp out the practice. This may require jail sentences in appropriate cases.
>
> The need to restrict criminal law to matters that can be reasonably precisely defined is underscored by the recent provision for civil damage actions in cases where criminal activity causes private injury, regardless of whether or not a criminal conviction has resulted."[26]

(b) Overbreadth of Section 45 Creates a Chilling Effect

Section 45 is an overbroad criminal provision, its proper interpretation is far from being clear, and it does not allow for consideration of efficiencies. Because many business people understandably refuse to take any risk of committing a criminal offence, section 45 often prevents the implementation of pro-competitive agreements, such as strategic alliances which make more efficient use of resources.

It is widely recognized that cooperation among competitors can lead to substantial economic benefits:

> "...horizontal cooperation can lead to substantial economic benefits. Companies need to respond to increasing competitive pressure and a changing market place driven by globalisation, the speed of technological progress and the generally more dynamic nature of markets. Cooperation can be a means to share risk, save costs, pool know-how and launch innovation faster. In particular for small and medium-sized enterprises cooperation is an important means to adapt to the changing market place."[27]

It is difficult to demonstrate the chilling effect of section 45 in respect of strategic alliances, because the decision not to proceed with a business arrangement is rarely made public. The chilling effect is however real. Kennish comments as follows:

---

26 L.A. Skeoch and B.C. McDonald, *Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Proposals for the Further Revision of Canadian Competition Policy by an Independent Committee Appointed by the Minister of Consumer and Corporate Affairs*, (Ottawa: Supply and Services Canada, 1976) at 39-41 (emphasis added).

27 EC, *Guidelines on the Applicability of Article 81 of the E.C. Treaty to Horizontal Cooperation Agreements*, [2001] O.J.C. 3/2 [hereinafter *EC Guidelines*] para. 18 and 25. See also Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors* (April 2000) [hereinafter *US Antitrust Guidelines*] at p. 1 and following.

> "The principal conclusion which may be drawn from the PANS case, insofar as is relevant to strategic alliances between competitor firms, is that, while it is useful to have greater clarification on these issues, it is now more apparent than ever that it is inappropriate that section 45, which adopts a relatively inflexible and essentially structural approach to the determination of the legality of horizontal agreements among competitor firms and is largely insensitive to consideration of efficiencies or pro-competitive effects, should be governing as to the legality of such arrangements. Be that as it may, section 45 continues to have potential application to these situations and the risk remains that the full development of strategic alliances may be impeded by the chilling prospect of potential criminal enforcement of section 45."[28]

Others have also referred to the chilling effect of section 45[29]. On the basis of our experience, we are convinced that a large number of pro-competitive arrangements, which otherwise present some antitrust risk, do not proceed because counsel cannot give an unqualified opinion that there is no risk of criminal prosecution. Consider the following types of competitor agreements where the parties would have a not insignificant market share:

- setting up a joint production system;
- setting up a joint distribution system;
- joint purchasing of a given product;
- joint licensing of intellectual property rights[30];
- an agreement to jointly develop, manufacture and market a new product;
- a specialization agreement[31];
- any agreement whereby businesses are attempting to enhance network effects[32].

Even though all of these agreements could generate efficiencies, such efficiencies are not relevant to determine criminal liability under section 45. Because the risk of

---

28 J.T. Kennish, "The Treatment of Strategic Alliances Under the Competition Act", (Annual Conference of the Canadian Bar Association, Montreal, 30 September 1994) [unpublished] at 19.

29 See e.g. Kennish and Ross, *supra* note 7, at 51-53.

30 *Broadcast Music Inc.* v. *Columbia Broadcasting Systems Inc.* 441 U.S. 1 (1979) [hereinafter *Broadcast Music*].

31 Although sections 85 and following of the Act provide for an exemption from section 45, the pre-conditions are so daunting and the proceedings so cumbersome that the exemption has never been used and the chilling effect of section 45 remains.

32 Such as credit cards, payment systems, etc. which require extensive agreements on types of infrastructures, prices, etc. but which are usually pro-competitive.

criminal sanctions cannot be eliminated with certainty, many business persons will be reluctant to conclude such arrangements if they have anti-competitive effects.

It is sometimes argued that businesses should find comfort in the fact that the Attorney General would properly exercise her prosecutorial discretion and would not prosecute beneficial strategic alliances even if they did have anti-competitive effects; in support of this proposition, reference is made to the fact that prosecutions under section 45 have generally been against price-fixing, market-sharing and other similar cartels that did not generate pro-competitive effects[33].

We strongly believe that if section 45 is only meant to apply to certain types of agreements, we should change the law, not rely on prosecutorial discretion which can be exercised differently depending on the individuals. Further, prosecutorial discretion has no effect on the application of section 36 which provides for private actions for damages in cases of violation of the criminal provisions of the Act.

While it is possible to submit agreements to the Bureau for an advisory opinion, which could theoretically alleviate the chilling effect to some extent, the Bureau cannot change the law, consider efficiencies which have been held to be irrelevant, or eliminate the risk of civil liability.

(c) Enforcement Problems

In our view, section 45 has only worked reasonably well with respect to hard core cartels, at least where the relevant market is readily definable[34] and where all or almost all of the industry participants are parties to the agreement, as is demonstrated by the recent findings of guilt and significant fines imposed in cartel cases[35]. If the accused are acquitted in such cases, it is not because the Crown cannot establish an undue lessening of competition, but because it cannot establish the existence of an agreement. However, in many cases, the market is not readily definable – and experts can have legitimate disagreement on the issue – with the result that establishing guilt beyond reasonable doubt is a very difficult, if not impossible task.

---

33 H. Chandler and R. Jackson "Beyond Merriment and Diversion: the Treatment of Conspiracies Under Canada's Competition Act" (Round Table on Competition Act Amendments, Toronto, May 25, 2000) Insight.

34 Snow removal, driving lessons, vitamins or other food additives for which there is no substitute.

35 See for example, "Fines in Order of Magnitude - Competition Act" (http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01709e.html)

Because of the uncertainty surrounding the interpretation of unduly and of the heavy burden of proof on the Crown, section 45 is much less effective to challenge other types of horizontal agreements which significantly lessen competition, for example hard core cartels where the market is not readily definable[36] or other agreements which may not constitute cartels but where the competitive harm is greater than the benefits resulting therefrom. From a public policy perspective, these agreements should be prevented, although not all should attract criminal sanction.

3. The Need for Change

We are convinced that the treatment of horizontal agreements under the Act needs to be significantly changed. As it now stands, section 45 creates a most serious indictable offence, but does not give fair warning of what is prohibited. In addition, because no consideration can be given to efficiencies, section 45 is overinclusive and condemns practices which are not the object of "widely accepted moral disapproval", to use the words of Skeoch and McDonald[37]. We do not think it is appropriate for criminal liability, which entails heavy fines and possible incarceration, to depend on an analysis of complex economic factors by the court. A person's guilt should not hinge upon the court's views on cross-elasticity of demand, the height of barriers to entry or the strength of countervailing buying power, to give a few examples.

That alone, in our view, justifies amending section 45 to ensure that the criminal prohibition meets with widely accepted moral disapproval, and that guilt or innocence does not depend on the application of complex economic principles.

However, other anti-competitive horizontal agreements need to be prevented or discontinued if their prejudicial impact on competition is not offset by the benefits they generate. The law needs to be decriminalized in regard to such agreements, to alleviate the prosecution's burden of proof and to allow consideration of such agreements in a more dynamic, forward-looking context. There is no reason why horizontal agreements

---

36 *R. v. Clarke Transport Canada Inc.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 289 (Ont. Ct. Gen. Div.).

37 Skeoch and McDonald, *supra* note 26.

which are likely to generate benefits should be treated differently and more severely than mergers, which are simply another form of economic integration[38].

These changes should result in better criminal law and help solve enforcement problems. We should have criminal prohibitions which are fair and that business people can understand. This should alleviate the chilling effect which results from existing law, which will in turn encourage beneficial agreements that now may never be implemented and contribute to economic improvement. Finally, revamping section 45 is an opportunity to harmonize our treatment of competitor agreements with the way they are dealt with by our key trading partners, and thus minimize the risk that an agreement with effects in more than one jurisdiction will be treated differently from an antitrust perspective.

For the reasons mentioned above, we believe that the *status quo* is unacceptable. There is no "quick-fix" to the problems resulting from section 45. For example, amending section 45 to allow the court to balance benefits against anti-competitive harm would increase the degree of economic analysis upon which guilt or innocence would depend. Even though consideration of pro-competitive effects is certainly desirable, the criminal courts are not the proper forum for measuring the economic consequences of an agreement. Another solution, which is not desirable, would be to delete the word "unduly" from section 45. This would extend the prohibition to any anti-competitive agreement, even *de minimis* situations, while not allowing for consideration of any benefits. Section 45 would be even more over-inclusive and have an even greater chilling effect. What is needed, in our view, is a complete redrafting of the law on horizontal agreements.

4. The objectives of change

In amending the law, we should attempt to reconcile as best as we can the following objectives:

(a) making any criminal prohibition as clear and certain as possible so as to minimize the chilling effect on beneficial agreements;

---

[38] Other commentators agree that horizontal integration by contract and by ownership should be treated on a similar legal footing; see, for example, P. Hughes, M. Sanderson and M.J. Trebilcock, Legislative Comment on *An Act to Promote Competition, to provide for the general regulation of trade and commerce, to promote honest and fair dealing, to establish a Competitive Practices Tribunal and the office of the Commissioner, to repeal the Combines Investigation Act and to make consequential amendments to the Bank Act*, Bill C-472 [unpublished]

(b) maintaining criminal condemnation of hard core cartels, all of which should be severely punished;

(c) minimizing the application of economic concepts such as markets, market power and efficiencies in the enforcement of any criminal prohibition;

(d) avoiding criminal liability for competitor agreements which can reasonably be expected to generate efficiencies;

(e) providing a means to prevent or terminate non-hard core horizontal agreements that significantly lessen competition if the lessening of competition is not offset by efficiencies.

There is no magic solution that reconciles all of these objectives. A vague criminal prohibition creates much flexibility but less certainty. A provision that actually lists every kind of agreement that is criminally prohibited is more certain but less flexible. Attempting to avoid criminal liability for *de minimis* situations by resorting to a bright line minimum market share criterion – as did Bill C-472 – might avoid condemnation of cartels with very little anti-competitive effect, but will quickly bring us back to asking the criminal courts to determine the relevant market and engage in complex competitive analysis. While there is no perfect solution, we think that the proposal described below would constitute a significant improvement over existing law and fairly balances the objectives listed above.

A PROPOSAL FOR CHANGE

We believe section 45 should be replaced by two provisions, one criminal and one civil. The criminal provision would create a *per se* offence for hard core cartels. The civil provision, with a lower standard of proof, would allow the Commissioner to challenge before the Competition Tribunal (the "Tribunal") other horizontal agreements that substantially lessen competition.

Our proposal requires consideration of three different issues: the types of conduct which should be prohibited *per se*, the exceptions to the criminal prohibition and the scope of a new civil provision[39].

---

[39] In this regard, we are indebted to a short but thought-provoking article by Muris, T.J. "The New Rule of Reason", (1989) 57 Antitrust L.J. 859.

While we agree with the general structure of the model suggested by the Commissioner in our terms of reference, our proposal will make it clear that we have reservations with respect to some important aspects of this model.

1. The per se prohibition

There is relatively general agreement that hard core cartels should be criminally prohibited. As pointed out by Warner and Trebilcock, cartels charge monopoly prices but, unlike some monopolies and horizontal mergers, almost never generate offsetting efficiencies from economies of scale because the scale of production does not change. [40] Hard core cartels, aimed at increasing or preventing the reduction of prices or restricting output, virtually always lack any redeeming value.

Criminal prohibitions need to be certain and conviction should not depend on complex economic analysis. The word "unduly" should therefore be deleted and *per se* offences established in regard to hard core cartels. The challenge is to define the prohibition while avoiding condemning beneficial agreements or agreements that do not meet with general moral disapproval.

Most observers are of the view that agreements to fix prices, allocate markets or customers and restrict output should be condemned *per se* [41] as they are rarely, if ever, beneficial and their only effect is to reduce output and increase prices. Other proposals would also prohibit *per se* agreements to boycott competitors or suppliers or customers of a competitor[42].

(a) General Comments

We propose to review separately each of these categories of agreements. Before doing so, however, we wish to make some comments applicable to all *per se* prohibitions.

(i) Any criminal prohibition must continue to apply to agreements only, not to unilateral conduct. Our courts have interpreted the words in the present section 45 ("... conspires, combines, agrees or arranges...") as requiring an agreement i.e.

---

40 Warner and Trebilcock, *supra* note 7 at 681-684.

41 U.S. *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors* (April 2000) [hereinafter *US Antitrust Guidelines*]; *EC Guidelines*, *supra*, note 27 para. 18 and 25; OECD, Hard Core Cartels, (2000) [hereinafter OECD]; Public Policy Forum, *supra* note 9 at 28-29.

42 See *inter alia* Bill C-472, *supra* note 8 and the model proposed in our terms of reference.

a true meeting of the minds ("*actus contra actus*")[43]. We would recommend prohibiting simply "agreements". To use the words "agreement or arrangement", as in section 45(1) of Bill C-472, could lead to the conclusion that something less than a true agreement is prohibited.

(ii) The new *per se* prohibitions should only be aimed at agreements among competitors, not at vertical agreements. This would differ from U.S. law which does not contain extensive provisions, as exist in Canada, dealing expressly with vertical practices such as price maintenance, tied selling, exclusive dealing and market restriction. Existing provisions of the Act are capable of dealing with harmful vertical agreements. Further, in condemning agreements among competitors, we do not think the courts would apply the prohibition to vertical agreements between parties who are otherwise competitors [44]. If there were any doubt about this, language could be added to make it clear that what is proscribed are agreements among competitors acting as such.

(iii) The prohibition should extend to agreements among competitors and potential competitors; as pointed out by the Canadian Bar Association[45], market allocation agreements are often made between parties that do not, but could compete with each other. The downside of extending the prohibition to potential competitors is the risk that the courts could be overbroad in their definition of this concept, which would undermine the objective of certainty. However, the prosecution's burden of proof beyond a reasonable doubt should limit the concept of potential competitors to firms that would probably become competitors in the absence of the agreement or that affect the conduct of existing competitors[46].

---

43 *R.* v. *Gage* No. 2 (1908), 13 C.C.C. 428 at 450 (Man. C.A.); *Howard Smith Paper Mills* v. *R.*, *supra* note 15 at 413; *R.* v. *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.* (1976), 26 C.P.R. (2d) 14 at 23 (Queb. Sup. Ct.); *Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec* v. *Fédération des producteurs de porcs du Québec* (9 June 1997), Montreal 500-09-002081-966 J.E. 97-1356 at 39 (C.A.); *R.* v. *Armco Canada Ltd.* (1976), C.P.R. (2d) 145 at 152-155 (Ont. C.A.).

44 As suggested by McMillan Binch, *supra* note 10 at 24.

45 *Supra* note 10, at p.46

46 See *U.S. Antitrust Guidelines*, *supra* note 27 p. 2 note 6, which states that: "a firm is treated as a potential competitor if there is evidence that entry by that firm is reasonably probable in the absence of the relevant agreement, or that competitively significant decisions by actual competitors are constrained by concerns that anti-competitive conduct likely would induce the firm to enter".

(iv) We would recommend not applying the *per se* prohibition to agreements among buyers for two principal reasons. First, we believe that agreements among buyers are generally far more likely to have pro-competitive effects such as lower prices and greater output for consumers than agreements among sellers:

> "Our analysis suggests that buyer agreements are rarely likely to have significant anti-competitive effect and, therefore, that the antitrust treatment of joint buyer activity should not be symmetric to the treatment of joint seller activity. When sellers exercise monopoly power, the almost universal result is higher prices, lower output and misallocated resources; noneconomic values that many believe the antitrust laws are design to protect are impaired as well. In contrast, joint purchasing arrangements often produce lower prices and greater output for consumers without any serious threat of resource misallocation or any other impairment of the public interest as protected by the antitrust laws. The antitrust treatment of purchaser conduct should be correspondingly lenient."[47]

Second, our observation is that generally there is less concentration of buyers than sellers in Canadian markets and, therefore, groups of buyers are less likely to have market power than groups of sellers. There have been, in fact, very few cases brought in either Canada or the U.S. alleging illegal agreements among buyers, which suggests that the problem of anti-competitive agreements among buyers is considered by the enforcement authorities to be less problematic than anti-competitive agreements among sellers.

(v) *Per se* prohibitions should not apply to agreements between affiliates, and this should include not only "companies" (as in the present section 45 and in Bill C-472) but also other entities such as controlled partnerships (see section 2(2) of the Act).

(vi) There remains the question of whether the prohibition should be drafted by reference to the effects of the agreement ("... would or would be likely to have the effect of ... fixing, establishing, controlling or maintaining prices ..." as in Bill C-472), or by reference to the object of the agreement. We believe that referring to the "effect" of an agreement bears the serious risk of being overinclusive, because

---

[47] Jacobson J.M. and Dorman G., "Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust", (1991) The Antitrust Bulletin, Spring 1991, 1, at p. 2, an excellent article which discusses this and other aspects of the appropriate competition law treatment of conspiracies among buyers

it would cover agreements which have the indirect effect of, for instance, maintaining prices. The *per se* criminal prohibition should only apply to cartels which are aimed specifically at fixing prices, allocating markets and restricting output, not to agreements which might indirectly influence prices, markets and production. An alternative is to cast the prohibition in terms of the object of the agreement. This however would require the court to determine what is the true object of an agreement, which may in some cases prove to be a very difficult task[48].

We think the best way to define the prohibited conduct is by referring to the nature of the agreement, rather than to its effect or object. A *per se* offence should be as simple as possible. We should adopt the section 47 model which creates a *per se* offence for bid-rigging by referring to the nature of the agreement. The new section should be drafted by reference to the nature of the agreement, for example by condemning agreements between one or more competitors or potential competitors by which the parties fix prices, allocate markets or restrict output. This approach would have the added advantage of simplifying the *mens rea* requirement. The Crown would have to show a subjective intent by the accused to enter into an agreement of the type described. There would be no need to discuss whether a distinct or different type of *mens rea* is required with respect to "likely effects" of the agreement.

(b) The *Per Se* Prohibition

(i) Price Fixing

No one would contest that, if there is to be some sort of *per se* prohibition, it must be aimed at price fixing agreements. The difficulty is to define the conduct we want to capture by the prohibition. In our view, the prohibition should be aimed at agreements by which the parties set the price at which they sell or offer to sell a product, agree to increase such price or agree not to reduce it. This would condemn an agreement on a floor price, which is in fact an agreement not to reduce the price. It would not however apply to an agreement on a genuine

---

[48] For instance, in Bork's example of small retailers who fix the price of a product for purposes of joint advertising (referred to in Ross, *supra* note 7, at 862), liability would depend on whether the Court determined that their object was to fix prices or to jointly advertise.

ceiling price, because such agreement does not set, increase or prevent the reduction of the price of a product. We think the prohibition suggested is broad enough to apply to agreements on price components, i.e. factors which directly affect the price, like a discount, rebate, allowance or terms of payment. We are confident that the courts will consider agreements on discounts, rebates and allowances as tantamount to agreements to set, increase or not to decrease prices.

(ii) Market and Customer Allocations

As far back as 1969, the Economic Council had concluded that "collusive arrangements between competitors to allocate markets" should constitute *per se* offences[49]. There does not appear to have been much disagreement since then on this issue[50]. A *per se* prohibition of horizontal agreements,must therefore include market and customer allocation agreements, by which competitors agree not to compete with each other in certain territories or markets, or with respect to certain customers.

There remains the problem that the prohibition of agreements to allocate markets or categories of customers could apply to many commercial agreements which are generally viewed as beneficial, such as non-compete clauses in merger agreements, commercial leases and franchise agreements. And yet, no one would suggest the *per se* prohibition of such agreements. This confirms the need for an exception to any *per se* prohibition, no matter how tightly it is drafted. We discuss such an exception in the next section of this document.

---

49 *Supra*, note 4 at 101-102; the Council recognized the difficulty of *per se* bans and the requirement for some exceptions in favour of franchise agreements and "to allow the continuance of such practices whereby a group of drugstores in an area arrange that one or more of them will stay open on Sundays."

50 Kennish and Ross, *supra* note 7 at 64, would prohibit as a *per se* offence "allocating, as between the parties or any of them, any markets, territories or customers ...". Bill C-256, *supra* note 5, would have banned agreements to divide or allocate markets. U.S. law has always prohibited market-sharing agreements as *per se* offences (ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 4th ed. (Chicago: American Bar Association, 1997) at 97-100 [hereinafter *ABA Antitrust Law Developments*). The EU considers such agreements to be among the most egregious cartels which almost always contravene section 81(1) of the EC Treaty (*EC Guidelines*, *supra* note 27 at para. 25) And, finally, the OECD discussion of hard core cartels refers to agreements to "divide or share markets as the most egregious violations of competition law ..."(*supra* note 41 at 6, referring to OECD, *Recommendations of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, Doc. No. OECD C/M(98)7/PROV (25 February 1998).

We would therefore propose, subject to such an exception, the *per se* prohibition of agreements among competitors to allocate markets, territories, customers or sales.

(iii) Output Restriction

There is no doubt that a "bare" agreement to maintain or reduce output, is inherently anti-competitive. It could be argued that if price-fixing agreements are prohibited, there is no need for prohibition of output restriction agreements since they necessarily have an effect on prices. In fact, this is the reason why such agreements constitute *per se* offences in the United States:

> "Because the law of supply and demand indicates that an agreement to limit output is tantamount to an agreement to fix price, courts have also applied the *per se* rule to agreements to limit production or set quotas, to discontinue a product ..."[51]

However, because we recommend that price-fixing should not be defined by reference to the effect of the agreement on prices, we think a separate prohibition for output restriction agreements is necessary. The wording should make it clear that the prohibition is aimed not only at agreements to reduce output, but also at agreements to maintain or not to increase production or supply of a product. The prohibition should also extend to agreements which prevent output, such as agreements to refrain from producing a product.

The problem here, as with any *per se* prohibition, is that it will also extend to agreements which can be beneficial, such as some forms of joint ventures or strategic alliances. This again confirms the need for an exception to the *per se* prohibition which we consider below.

We would therefore recommend a *per se* prohibition of agreements between competitors to prevent, reduce or maintain the production of a product. This would catch not only agreements to prevent, reduce or not to increase production, but also agreements on quotas, to discontinue a product, or to fix volumes or maximum volumes of products sold[52].

---

51 *ABA Antitrust Law Developments, supra* note 50 at 82.

52 See cases referred to in *ABA Antitrust Law Developments, supra* note 50 at 82 – 83

(iv) Boycotts

An agreement to boycott is an agreement not to deal with one or more persons. It is easy to imagine concerted boycotts having anti-competitive effects, as where all competitors agree to pressure suppliers not to sell to a potential new entrant[53]. However, the anti-competitive harm is not always so evident and, in many cases, where it does exist, the concerted boycott might be part of an arrangement that generates some benefits. For example, buying groups might exclude some would-be members on perfectly legitimate grounds; ATM networks might exclude financial institutions because they do not meet certain technical requirements.

In the United States, concerted boycotts, sometimes referred to as agreements to refuse to deal, have been held to constitute *per se* offences in violation of section 1 of the *Sherman Act*. However, there is some confusion in U.S. law on this subject[54]. As stated by the ABA Section of Antitrust Law:

> "In earlier cases, the Supreme Court routinely held horizontal refusals to deal to be *per se* violations of section 1. More recently, the Supreme Court and other courts have recognized that some horizontal refusals to deal should be examined under the rule of reason. As a result, the circumstances in which a concerted refusal to deal constitutes a *per se* unlawful group boycott have not always been clearly defined. As the Supreme Court has observed, 'there is more confusion about the scope and operation of the *per se* rule against group boycotts than in reference to any other aspect of the *per se* doctrine'." [55]

We have serious concerns about the *per se* prohibition of "primary or secondary boycotts directed at a competitor"[56]. It is noteworthy that, in its definition of hard core cartels, the OECD does not include boycotts[57]. Likewise, the European Guidelines do not include boycotts in the most egregious agreements"... that almost always fall under article 81(1)"[58]. The least that can be said is that there is no consensus that concerted boycotts are inherently anti-competitive and meet

---

53 This was one of the allegations, eventually dismissed by the Court, in *R.* v. *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.*, *supra* note 43 at 61.

54 See, for example, McQuinn, R. "Boycott Law After *Northwest Wholesale Stationer*" [1989] 57 *Antitrust* L.J. 839.

55 *ABA Antitrust Law Developments*, *supra* note 50 at 101-102.

56 Bill C-472, *supra* note 8, would have condemned as a *per se* offence agreements "boycotting a competitor or a competitor's suppliers or customers".

57 OECD, *supra* note 41 at 6.

58 *EC Guidelines*, *supra* note 27 at para. 25.

with "general moral disapproval". We would note that, unlike price-fixing, a boycott by its very nature becomes quickly known to the victim, and probably the Bureau to the extent that a complaint is lodged. In appropriate circumstances therefore, a civil proceeding (which might include readily obtainable injunctive relief) would likely follow and be a far more effective and expeditious remedy than a criminal prosecution.

We would therefore propose not to ban concerted boycotts as a *per se* offence, but such conduct would however remain subject to the civil provision discussed below.

2. The exception

The *per se* prohibition is aimed at banning as criminal offences agreements which have no other function than to increase prices or restrict output[59]: this is why they can be described as "hard core" cartels. Because such agreements usually have no other effect than to lessen competition, they meet with "widely accepted moral disapproval"[60] and should properly be prohibited as criminal offences.

No matter how carefully the *per se* prohibition is drafted, however, it will inevitably apply to agreements that are not hard core cartels and do not meet the test of moral disapproval. We have given examples of agreements that fix prices, allocate markets or restrict output, and yet which are not hard core anti-competitive restraints[61]. We believe that fairness dictates that there be an exception to the criminal *per se* ban for such agreements. We are not suggesting that these arrangements should escape antitrust scrutiny, merely that they should be excluded from the *per se* criminal prohibition and be subject to civil review, as discussed below.

The idea is to exempt from criminal condemnation agreements that in fact do fix prices, allocate markets or restrict output, but are <u>not</u> hard core cartels. Since what is contemplated is an exception to a criminal offence, it will have to be established before a criminal court. In order to attain the objectives set out above, the exception, if at all possible, should not require the court to define the relevant market, measure the lessening

---

59 In *Broadcast Music*, *supra* note 30 at para. 44, the U.S. Supreme Court refers to agreements which have "no purpose except stifling of competition".

60 Skeoch and McDonald, *supra* note 26.

61 The CBA Submission to the Public Policy Forum, *supra* note 10 at 45-46, lists a number of examples of such agreements; see also McMillan Binch, *supra* note 10 at 25-26.

of competition or the efficiencies, as the case may be, or determine if the efficiencies outweigh the competitive harm.

Ideally, the exception should be simple and have the following components:

- the anti-competitive restraint is part of a broader arrangement;
- this arrangement is likely to generate efficiencies; and
- the restraint is reasonably necessary to achieve the efficiencies.

Finally, we believe that the burden of proving the applicability of this exception should lie with the accused, on a balance of probabilities.

(a) Part of a Broader Arrangement

Our objective is to exempt price-fixing, market-sharing and output-restricting agreements that do more than just lessen competition, i.e. that are not hard core cartels. This necessarily means that they are part of a broader arrangement which includes features other than the anti-competitive restraint. Because the features other than this restraint may be embodied in a single agreement or in more than one agreement, we suggest defining the exception by reference to the words "broader arrangement" to capture both situations.

We are asked to consider the appropriateness of providing an exception to the *per se* prohibition based on the "ancillary restraint" doctrine. We are concerned that the use of the word "ancillary", as in Bill C-472, could imply that the restraint is an "accessory" to something else, and would require the court to determine if the anti-competitive restraint or the "something else" is the main purpose of the agreement between the parties. To refer to the example used above, if a number of small retailers fixed the price of a product which they jointly advertised, the "ancillary restraint" exception as worded in Bill C-472 could only be available if the court determined that the main purpose of the parties was joint advertising and not price-fixing. We think the exception should be available if the broader arrangement is likely to generate competitive benefits, irrespective of whether the benefits are ancillary to the restraint or the restraint is ancillary to the benefits, because criminal liability should not depend on what may amount to a subjective determination.

(b) Likely to Generate Efficiencies

The next step is to determine what kind of broader arrangement should be exempted from criminal liability even if it contains an anti-competitive restraint. The first possibility is that the nature of this arrangement is immaterial, as long as it contains features other than the competitive restraint. This is the approach used in Bill C-472, which would exempt collusion which is ancillary to "another agreement". There is no requirement as to what this agreement must be; it can, literally, be anything, as long as it is more than the anti-competitive restraint. The second possibility is to qualify the nature of the broader arrangement, which includes the anti-competitive restraint. Given the context of competition law, we are of the view that the broader arrangement must, at least, have some pro-competitive features.

We think the second option is preferable: an inherently anti-competitive restraint should not be exempted merely because it is part of a broader arrangement of any nature. There has to be some evidence that this arrangement generates or is likely to generate some pro-competitive benefits. An anti-competitive agreement should not escape criminal liability unless it has some competitive benefits, not merely because it is related to some other goal or likely to generate private benefits to the parties[62]. There must be some advantage to the competitive process.

This objective could be achieved by reference in the exception to "efficiencies" or to "competitive benefits"[63]. While the term competitive benefits might be broader than the concept of efficiencies, we think the exception should refer to efficiencies because, as this term is already well-known in competition law, this will create more certainty in the context of a criminal provision. Further, if the parties are of the view that their agreement will generate benefits to the competitive process, but are unsure as to whether such benefits constitute efficiencies, they could, by notifying their agreement as described below, avoid all risk of criminal liability. We would want all competitive benefits to be considered in the analysis, such as quality improvement, increased research and development, increased incentive to innovation, creation of new products and similar

---

62 Under current law, such factors are not relevant to the application of section 45: *Weidman* v. *Shragge*, *supra* note 13 at 147, 152; *Stinson-Reeb Builders Supply Co.* v. *R.* (1929), *supra* note 13 at 70; *Container Materials Ltd.* v. *R.*, *supra* note 13 at 152.

63 Commentators are not always clear in this regard: some seem to consider the terms competitive benefits and efficiencies as interchangeable, while others distinguish the concepts; see for instance *US Antritrust Guidelines*, *supra* note 41, section 2.1; McQuinn, *supra* note 54, 840; Muris, *supra* note 39, 861-62.

benefits. We think however that such benefits can be considered to constitute dynamic efficiencies[64].

In our view, the exception should not require showing that the arrangement would result in actual efficiencies. All that should be required is to show that the arrangement is likely to generate efficiencies. This would cover cases where the parties thought that their agreement would generate efficiencies which did not materialize, as long as the accused can show that the efficiencies claimed are plausible in the context of the broader arrangement. We are not suggesting that the exception should be available merely because the accused claim they believe their arrangement likely to generate efficiencies. The court will have to consider the nature of the arrangement and all surrounding circumstances, to determine whether it is plausible that efficiencies are likely to result from the alleged arrangement.

It may well be that efficiencies can only result from some form of economic integration[65]. However, we do not think it is necessary to specify in the exception that the broader arrangement should amount to economic integration. Once it is clear that what is required is a broader arrangement likely to generate efficiencies, its actual structure is not significant for the purpose of the exception.

(c) Reasonably Necessary to Achieve Efficiencies

It is not sufficient in our view to merely establish that the restraint is part of a broader arrangement likely to generate efficiencies. The parties should also have to show that the restraint is "reasonably necessary" to achieve the efficiencies generated by their broader arrangement. It is not sufficient that the parties have accompanied their cartel by legitimate beneficial joint activities: there must be a reasonable relationship between the restraint and the efficiencies, otherwise the parties to a hard core cartel could avoid criminal liability by merely adding unrelated features to their anti-competitive restraints.

The exception should be designed to exempt from criminal liability all arrangements that are not hard core cartels. The burden should therefore be to establish more than a mere contemporaneity between the restraint and the efficiencies, but less than showing that the restraint is essential to achieving the efficiencies or that no less restrictive alternative exists to achieve them.

---

64 As contemplated in the *Merger Enforcement Guidelines*, at Appendix 2 (Industry Canada, Director of Investigation and Research, Ottawa: Supply and Services Canada, 1991).

65 *US Antitrust Guidelines*, *supra* note 41, section 3.2.

Finally, as indicated above, criminal courts are not the appropriate forum for economic debate. As a result, there should be no requirement to establish that the efficiencies are significant, or that they are sufficient to offset the competitive harm. The purpose of the inquiry is merely to determine whether the anti-competitive restraint is a hard core cartel or is reasonably related to an efficiency-enhancing arrangement, in order to escape criminal liability. This should not require the court to measure the harm against the benefits, an analysis which should be carried out in the civil context described below.

(d) Burden of Proof

Absent specific wording in a statutory provision[66], the normal standard of proof for an exception or a defence to a criminal offence is that the accused must raise a reasonable doubt:

> "The accused raises the defence by pointing to facts capable of supporting it, at which point the Crown must disprove the defence beyond a reasonable doubt." [67]

In other words, unless specific wording on the onus of proof is inserted in the exception, the accused would be able to escape criminal liability by merely raising a reasonable doubt as to the existence of an arrangement likely to result in efficiencies, and as to whether the anti-competitive restraint is reasonably necessary to achieve such efficiencies. Once the accused has raised a reasonable doubt, the Crown, to obtain a conviction, would have to establish beyond a reasonable doubt that the competitive restraint is not part of an arrangement, that it is not reasonably necessary to that arrangement, and that the arrangement is not likely to result in any efficiencies.

If this approach is used, we are concerned that the accused's burden of proof might be insufficient and result in unjustified acquittals in cases of true hard core cartels. As indicated above, the exception we contemplate would not require showing that the arrangement would generate actual or significant efficiencies, that such efficiencies constitute the main objective of the parties, or that the efficiencies outweigh the competitive harm resulting from the restraint. If the accused is only required to raise a reasonable doubt with respect to the elements of the exception, it may be too easy for parties to a hard core cartel to devise "arrangements" surrounding their collusive

---

66 See for example s. 45(7)(d) of Bill C-472, *supra* note 8, which does not refer to the burden of proof.

67 *R.* v. *Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45 at para 66.

activities, and thereby raise a reasonable doubt that such arrangements will result in some sort of efficiency. As any doubt in the trier of facts' mind must be resolved in favour of the accused, courts might acquit even on the basis of questionable evidence of efficiencies, if the accused's burden of proof is to merely raise a reasonable doubt. This would impair the Crown's ability to obtain convictions in the case of hard core cartels.

An alternative approach would be to impose a legal burden on the accused, i.e. to require that the accused establish the exception on a balance of probabilities. This however raises constitutional issues, because provisions requiring the accused to prove any facts on a balance of probabilities to avoid conviction violate the presumption of innocence guaranteed by sections 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[68]:

> "The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.
>
> The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, and excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on a balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused."[69]

This violation would have to be justified under section 1 of the Charter. While the scope of this paper does not allow us to embark upon a full-blown section 1 analysis[70], our preliminary view is that the reverse onus provision may well be justifiable under section 1 of the Charter, *inter alia* on the following grounds:

- the accused is in a better position than the Crown to establish that the anti-competitive restraint is reasonably necessary to a broader arrangement and that there are efficiencies which are likely to flow from such arrangement;[71]

---

68 Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.) 1982, c. 11.

69 *R.* v. *Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, para 31, 32 (emphasis added); see also *R.* v. *Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R.* v. *Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965.

70 As described *inter alia* in *R.* v. *Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

71 See *R.* v. *Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R.* v. *Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R.* v. *Curtis*, (1998) 38 O.R. 3d. 135 (C.A.). See also T.C. Arthur, "A Workable Rule of Reason: a Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts" (2000) 68 Antitrust L.J. 337 at 380

- the Crown would have an extremely onerous burden if it were required to prove beyond a reasonable doubt that the anti-competitive restraint is not reasonably necessary for the alleged arrangement, or that the alleged arrangement would not generate any efficiencies[72];

- the exemption actually creates a defence that would not otherwise be available to the accused[73]; as the Court stated in *R. v. Peck*[74], an offence which would not be open to challenge if the defence was not offered at all, should not be struck down because Parliament created a defence additional to those available at common law.

A full section 1 analysis would consider if alternative, less restrictive approaches would achieve the desired objective of lowering the Crown's burden of proof. An alternative would be to draft a more demanding exception which could, for example, require showing the existence of significant efficiencies, or that the efficiencies outweigh the competitive harm, or that there are no less restrictive means to achieve the efficiencies, while keeping the lighter burden of proof based on reasonable doubt. However, as explained above, this alternative approach is not desirable, as it would involve criminal courts in economic analysis, a task which should properly be carried out in the civil context discussed hereafter.

(e) Notification

We have suggested a *per se* offence described with sufficient precision to limit its applicability to the most injurious types of anti-competitive restraints. We have also proposed an exception to this *per se* prohibition to further limit possible criminal liability in order to avoid the chilling effect on agreements likely to generate efficiency gains and which therefore should not be subject to a criminal procedure. However, because it may not always be easy to determine with certainty whether the exception applies, more particularly whether the anti-competitive restraint is reasonably necessary for the achievement of the efficiencies, and because the mere possibility of criminal liability will often prevent the implementation of beneficial arrangements, we have also considered whether a notification process should be adopted as a further exception to increase legal certainty.

---

72 *R.* v. *Whyte*, *supra* note 69; *R.* v. *Curtis*, *ibid.*.

73 *R.* v. *Whyte*, *ibid.*; *R.* v. *Keegstra*, *supra* note 68; *R. v. Peck* (1994), 128 N.S.R.(2d) 206 (N.S.C.A.)

74 *Ibid.* at 213.

Warner and Trebilcock[75] propose a *per se* prohibition for all secret or covert price fixing agreements. The only exception to this criminal prohibition would be for agreements notified to the Competition Bureau prior to taking effect. Notification would be optional, but would remove any threat of criminal sanction, as it would afford a complete defence to a criminal charge. Warner and Trebilcock propose a mere notification process, not a registration or authorization procedure, although they contemplate that the Commissioner could request further information in order to determine whether the agreement should be enjoined under a new civil provision relating to horizontal agreements which they also propose[76].

This proposal has been commented upon by Kennish and Ross[77], who are of the view that the proposed notification process is faulty because the Bureau could be buried in notifications and some hard core cartels may go largely unnoticed, particularly if they are dressed up to hide their true intent. Kennish and Ross are also of the view that because secrecy is frequently an important strategic weapon for firms undertaking significant initiatives, the parties may well choose not to notify to protect the confidentiality of their project and, under the Warner and Trebilcock proposal, thereby expose themselves to criminal prosecution.

Bill C-472 proposes a clearance certificate similar to the advance ruling certificate for mergers pursuant to section 102 of the Act, something very different from notification. Under section 79.2 of Bill C-472, the Commissioner would be authorized to issue a clearance certificate if he is satisfied that no substantial lessening of competition would result from the agreement. If the clearance certificate is issued, the parties would be immune from prosecution for three years under both the *per se* criminal prohibition and a new civil provision dealing with horizontal agreements. The Commissioner would be required to consider the requests for clearance certificates "as expeditiously as possible", but no time frame is given for the Commissioner's response. In addition, section 45(7)(c) would exempt from criminal liability agreements of which "notice was given to the Commissioner pursuant to section 79.2(1)"; however, no such "notification" is provided for in section 79.2, but only an "application" or a "request" for a clearance certificate.

---

75 Warner and Trebilcock, *supra* note 7.

76 This proposal was recently reiterated, albeit with some interesting changes in P. Hughes *et al.*, *supra* note 38

77 Kennish and Ross, *supra*, note 7.

An additional exception to the *per se* prohibitions proposed above, based on a notification process along the lines suggested by Warner and Trebilcock is, in our view, the best approach. This notification process would have the following characteristics:

- it would be a simple notification, not a request for exemption or a process which imposes a waiting period to the parties before implementation;
- agreements notified to the Competition Bureau would be immune from criminal prosecution, and as a consequence from section 36 actions for damages, for conduct subsequent to the date of filing of the notification; the agreements would however remain subject to the civil provision discussed below;
- immunity from prosecution would be maintained for conduct that is carried out in accordance with the terms of the agreement, and so long as no significant change is made to the agreement, in which case further notification would be required;
- notification would not be mandatory but would simply be an option offered to businesses wishing to avoid all risk of criminal liability, for example in cases where uncertainty remains as to the applicability of the exception described above;
- notification would only require information about the agreement and the parties thereto, and the filing of the relevant documents; it would then be open to the Commissioner to request more information if he felt that further investigation is called for to determine whether the agreement should be challenged under the civil provision;
- a modest fee would cover the costs of operation to the notification system;
- the notification would be confidential, as in the case of pre-merger notification filings, and section 29 of the Act would have to be amended accordingly; if notification were public[78], we believe the system would not be effective, as business people would refrain from notifying rather than have their business agreements become public. In respect of confidentiality, as with other aspects of our proposal, the treatment of horizontal agreements should parallel that of mergers.

---

78 As suggested in P. Hughes *et al.*, *supra* note 38.

As Warner and Trebilcock point out[79], because of the inherent imperfections of drafting, a *per se* prohibition will almost always be overinclusive and target potentially pro-competitive arrangements. Even though we have tried to restrain the scope of the *per se* prohibition by recommending an exception for agreements which generate efficiencies, there will always be room for uncertainty with the consequential chilling effect described above.

The notification process we propose provides the parties to an agreement with the option to eliminate all risk of criminal liability by simply notifying their arrangement to the Competition Bureau. Despite the fact that the proposed notification is not an authorization process, we are fully aware that the filing of a notification will, in some cases, properly trigger further inquiry by the Bureau, a consequence which may discourage some parties from notifying their arrangement. However, those who do not wish to proceed if there is the slightest risk of criminal sanction, will have the option to notify and therefore eliminate the risk of criminal liability. We think this is an alternative which should be given to Canadian businesses in order to encourage pro-competitive arrangements. It also provides for a means of avoiding criminal liability in the case of agreements which technically fall within the *per se* prohibition but have obviously only a *de minimis* effect on competition.

Our proposal should not overly burden the Bureau with notifications. For one thing, only arrangements which include an anti-competitive restraint, as defined in the *per se* prohibition, would have to be notified. Second, as the *per se* prohibition we propose would provide for an exception for restraints that are part of a broader efficiency-enhancing arrangement, there would not be the need to notify all arrangements which contain an anti-competitive restraint, as would have been the case under the Warner and Trebilcock proposal, which would criminalize all secret agreements which have a price-fixing effect. As a result, to respond to Kennish and Ross' criticism, those who prefer to maintain total secrecy will not necessarily have to notify their arrangement if they are satisfied that the agreement falls within the "broader arrangement" exception.

Third, it will not be necessary for the Bureau to carry out more than a cursory review of the information filed; in most cases, we believe that this information can be reviewed very quickly and will enable the Bureau to easily identify those arrangements

---

[79] Warner and Trebilcock, *supra*, note 7 at 715-716.

where further inquiry or intervention is required under the civil provision discussed below.

Finally, because of the inherent secrecy of hard core cartels, there is very little risk in our view that parties to such agreements will notify to escape criminal sanctions; even if they did notify, their agreement would be subject to civil review and could still be prohibited and discontinued following notification, thereby protecting the public interest.

A NEW REVIEWABLE PRACTICE

We believe that the Act should contain a new reviewable practice to deal with anti-competitive agreements among competitors which substantially lessen competition, and that there should be an efficiency exception to this provision.[80]

In light of our proposed amendments to section 45 to restrict the scope of criminal liability to hard core cartels, there is obviously a need for a further provision to deal with all other horizontal agreements which are covered by the current section 45. While these other competitor agreements do not in our view warrant criminal sanction, they may however have a prejudicial effect on competition which the law should prevent or curtail.

Some commentators suggest that there is no need for a new civil provision on competitor agreements because the current civil provision dealing with mergers and abuse of dominant position provide coverage for non hard-core horizontal agreements[81]. We do not agree with this proposition. First, there are numerous competitor agreements which do not qualify as a "merger" within the meaning of section 91 of the Act and therefore are not reviewable under the provisions applicable to mergers. Second, abuse of dominance requires establishing a practice of anti-competitive acts, i.e. acts which are aimed at excluding competitors. One of the fundamental characteristics of an anti-competitive act is that the competitor of the dominant firm(s) is a victim, not an ally[82]. Most agreements among competitors are not aimed at competitors. A new provision is required to deal with horizontal agreements which prevent or lessen competition but are not aimed at excluding or otherwise injuring competitors.

1. Scope of Reviewable Practice

---

80 This is also the approach proposed by other commentators; see Warner and Trebilcock, *supra* note 7 at 972; Kennish and Ross, *supra* note 7; and Stanbury, *supra* note 7.

81 McMillan Binch, *supra* note 10.

82 *Canada (D.I.R.)* v. *NutraSweet Co* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 at 37 (Comp. Trib.).

In our view, the new civil provision, similar in nature to the other provisions of Part VIII of the Act, would have the following characteristics:

- It would authorize the Commissioner to apply to the Tribunal with respect to agreements between competitors which have or are likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market. It would apply to any horizontal agreement which has a substantial adverse effect on competition, not just those arrangements which contain an anti-competitive restraint and are exempted from the *per se* prohibition pursuant to the exceptions described above.
- It would apply to agreements between actual or potential competitors, but would not extend to vertical agreements. The Act already includes specific provisions dealing with some types of vertical agreements (such as sections 61 and 77). The new provision should not serve as a catch-all for agreements which Parliament has chosen not to include in the existing provisions dealing with vertical practices.
- The new provision would extend to agreements between competing buyers. Although there is no consensus that such agreements are inherently anti-competitive, which is why we recommend not including them in the proposed *per se* prohibition, buyer agreements can in some cases have anti-competitive effects and should therefore be reviewable.

As indicated above, the test under the new provision should be whether the agreement prevents or lessens competition substantially, the standard test used in the Act and in respect of which there is case law available for guidance. This would provide for an appropriate "rule of reason" analysis to evaluate the impact of the agreement on competition. However, we do not believe that the test should evaluate the "reasonableness of the agreements from a public interest perspective", as mentioned in the model described in our terms of reference. Re-introducing the concept of public interest in this provision would bring us back to section 33 of the *Combines Investigation Act*[83] dealing with mergers and monopolies which, as can be seen from the Supreme Court of Canada's decision in *Irving*[84], is not the type of criteria which the courts can properly consider.

2. Exceptions

---

[83] S.C. 1960, c. 45

[84] *R.* v. *K.C. Irving Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 408

An efficiency exception is absolutely essential in the context of this new provision, and the absence of such an exception in Bill C-472 is surprising. One of the objectives of the proposed overhaul of section 45 is precisely to allow for consideration of efficiencies in order to encourage efficiency-enhancing agreements. In fact, as mentioned above, one of the major problems with section 45 today is that efficiencies have been held to be irrelevant to the analysis. Additionally, most if not all efficiency-enhancing horizontal agreements will result in some form of economic integration. Because the merger provisions allow for an efficiency exception, a similar exception should apply to the new provision to avoid favouring mergers over other forms of economic integration. For this reason, we believe the efficiency exception contemplated here should, *mutatis mutandis*, mirror section 96 applicable to mergers. The object of this paper is not to discuss the scope of what would constitute an appropriate efficiency defence, an issue on which the expected decision of the Supreme Court of Canada in *Superior Propane*[85] will probably have significant bearing. The fact is however that the efficiency exception should be similar in nature, whether it applies to mergers or to other horizontal agreements.

There should also be an exception to the civil provision for agreements made exclusively between or among affiliates. The exception should extend to corporations and partnerships, to conform with section 2(2) of the Act.

3. Order of the Tribunal

In order to make the treatment of other forms of economic integration consistent with the treatment of mergers, the Tribunal's powers should be limited to issuing orders similar to those listed in section 92 of the Act. In other words, the Tribunal should be empowered to prohibit the parties from implementing their agreement, in whole or in part, to order them to terminate an existing agreement, in whole or in part or, with the parties' consent, to take any other action. We believe the issue of whether the Tribunal should be authorized to order the parties, without their consent, to take action to overcome the anti-competitive effects of their agreement or to restore competition in the market, as contemplated in section 79.1(1)(d) of Bill C-472, could be problematic and should be given extensive consideration. We are concerned about incorporating in a provision dealing with horizontal agreements the extensive powers given to the Tribunal

---

[85] *Canada (Commissioner of Competition)* v. *Superior Propane Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 289 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. pending (Court file # 28593)

with respect to abuse of dominant position, exclusive dealing, tied selling and market restriction. These powers may be justified in cases where the exclusionary practices may have weakened competition to such a degree that an order prohibiting the continuation of the practice would be insufficient. In the case of horizontal agreements, however, if the parties are ordered to terminate their agreement, they remain competitors and can, without further intervention, restore competition to the market. As mentioned above, we believe the Tribunal should not have more extensive powers with respect to horizontal agreements than with respect to mergers.

Finally, it goes without saying that the consent order process contemplated in section 105 of the Act should apply to the new provision on horizontal agreements.

4. Private Access

Private access to the Tribunal has been discussed for some time and continues to be on the agenda. If a new civil provision on horizontal agreements is added to the Act, the issue of private access in this regard would require extensive consideration. Without expressing an opinion on the advisability of private access with respect to any of the other reviewable practices, we believe that there is little basis for permitting private access for mergers. Because, for the reasons outlined above, horizontal agreements should be dealt with in a manner which closely mirrors the treatment of mergers, we cannot see good reasons to permit private access with respect to horizontal agreements to which the new civil provision would apply.

CONCLUSION

There is no perfect solution to the problems raised by section 45 because the objectives listed above cannot be entirely reconciled. We do not think however that this should prevent a much-needed improvement to our law. We reiterate our conviction that section 45, as it stands now, is not appropriate criminal law because it does not give fair warning of what is prohibited, not to mention the resulting significant chilling effect.

We think that our proposal is a solid basis for change and a significant improvement over present law.

Due to the limited time available to us, we have not been able to consider the many other necessary consequential changes to the Act which would be required if our proposal is implemented. For instance, we would need to consider repealing or amending subsections 45(2) to 45(8) and sections 45.1, 46, 48, 49, 85 to 90 and 61 of the Act. It is

quite clear that some of these provisions will become redundant e.g. subsection 45(2) and 45(2.2) relating to the meaning of unduly lessening of competition and to the *mens rea* requirement.

[TRADUCTION]

PROPOSITION POUR LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 45 DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

McCarthy Tétrault
Août 2001

INTRODUCTION

Le commissaire de la concurrence a sollicité notre avis sur un projet de modification à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*[1] (la Loi). Plus précisément, il nous a demandé, dans le cadre du mandat qu'il nous a confié, d'examiner s'il était possible d'adopter de nouvelles dispositions criminelles et civiles possédant les caractéristiques générales suivantes :

1. une disposition criminelle interdirait les ententes visant à fixer prix, répartir les marchés, limiter la production ou le boycottage primaire ou secondaire d'un concurrent et créerait une infraction *per se* à leur égard, laquelle exigerait une *mens rea* subjective quant à la formation de l'entente, mais seulement une *mens rea* objective relativement aux effets de l'entente sur la concurrence;

2. le régime comporterait une exception ou un moyen de défense fondé sur la « théorie de la restriction accessoire »;

3. les ententes complexes entre concurrents[2] seraient régies par des dispositions civiles prévoyant l'évaluation, au moyen d'une analyse appropriée fondée sur la règle de raison, de leurs effets sur la concurrence et de leur caractère raisonnable dans la perspective de l'intérêt public.

En droit canadien de la concurrence, l'évaluation du caractère approprié de l'article 45 de la Loi et de sa réforme possible représente probablement le défi le plus important et le plus complexe de notre époque. Le problème des ententes entre concurrents est au cœur du débat antitrust au Canada depuis plus de trente ans. Aux États-Unis, les auteurs et les tribunaux s'efforcent depuis des années de distinguer entre les situations où il convient d'appliquer une interdiction *per se* et celles qui justifient l'application de la règle de raison. La Commission européenne se prépare à modifier radicalement sa démarche relativement à l'application de l'article 81 du Traité CE, qui traite des accords anticoncurrentiels[3].

---

1 L.R.C. (1985), ch. C-34 et ses modifications.

2 Nous présumons que ces nouvelles dispositions civiles ne s'appliqueraient qu'aux accords ayant par ailleurs un effet préjudiciable sensible sur la concurrence.

3 CE, *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du Traité CE*, [1999] J.O.C. 132/1.

Nous avons eu très peu de temps pour réaliser notre étude sur un sujet aussi complexe, et nous tenons à le signaler parce que le délai très bref qui nous a été accordé pour examiner les questions extrêmement complexes posées dans notre mandat influe sur la nature et l'étendue de notre contribution. Il ne nous a pas été possible, par exemple, d'effectuer une analyse approfondie du droit applicable dans d'autres pays, ni d'obtenir le point de vue d'experts sur les questions d'ordre économique.

Nous avons consenti à nous pencher sur la question parce que nous croyons fermement que l'article 45, dans sa forme actuelle, comporte des lacunes qu'il faut corriger. Nous ne sommes pas les premiers à nous demander s'il faut modifier la loi relativement aux ententes horizontales. Déjà en 1969, le Conseil économique avait lancé l'idée d'une interdiction *per se*[4], laquelle avait été intégrée, sous une forme passablement complexe, dans un projet de loi du gouvernement[5] qui avait fait l'objet d'un long débat avant d'être abandonné. Puis la question a de nouveau occupé le devant de la scène dans les années 1990 lorsque la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la validité constitutionnelle de l'article 45 dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*[6]. Cette importante décision, de même que le nombre croissant d'alliances stratégiques, a incité des auteurs réputés à recommander que l'article 45 soit modernisé et qu'il prévoie un régime double selon lequel certaines ententes « injustifiables » (les véritables cartels) seraient interdites sans égard à leur effet sur la concurrence (*per se*), tandis que d'autres types d'accords entre concurrents seraient assujettis à des dispositions civiles comportant une analyse fondée sur la « règle de raison »[7]. Un projet de loi d'initiative parlementaire renfermant de telles dispositions[8] a été déposé devant la Chambre des communes, puis le Forum des politiques publiques a entrepris des consultations publiques sur ces

---

4 Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa, 1969, à la p. 102.

5 Projet de loi C-256, *Loi encourageant la concurrence, prévoyant la réglementation générale du commerce, favorisant l'honnêteté et la loyauté sur le marché, créant un Tribunal des pratiques de concurrence et le poste de commissaire, abrogeant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et modifiant en conséquence la Loi sur les banques*, 28e législature, 3e session, 1970-1971, art. 16 (ci-après projet de loi C-256).

6 *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, parfois appelé l'arrêt *PANS*.

7 Voir notamment W.T. Stanbury, « Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform » (National Conference on the Centenary of Competition Law and Policy in Canada, Toronto, 24 et 25 octobre 1989) [non publié] [ci-après Stanbury]; T. Ross, « Proposals for a New Canadian Competition Law on Conspiracy » (1991) 36 *Antitrust Bull.* 851; P.L. Warner et M.J. Trebilcock, « Rethinking Price-Fixing Law » (1993) 38 *McGill L.J.* 679 [ci-après Warner et Trebilcock]; J.T. Kennish et T.W. Ross, « Towards a New Approach to Agreements between Competitors » (1997) 28 *Can. Bus. L.J.* 22 [ci-après Kennish et Ross].

8 *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (collusion et droit des particuliers de présenter une demande), la Loi sur le Tribunal de la concurrence (dépens et procédure sommaire) et le Code criminel en conséquence*, 36e législature, 2e session, 1999-2000, art. 1 et 7; ce projet de loi est mort au feuilleton lors de la dissolution du Parlement le 22 octobre 2000.

propositions ainsi que sur d'autres projets de loi; son rapport a été rendu public le 20 décembre 2000[9].

Nous examinerons d'abord l'article 45 dans sa forme actuelle, car il importe de comprendre pleinement la portée du droit actuel et de constater les problèmes graves[10] qu'il soulève avant d'analyser ceux-ci et d'envisager des solutions possibles. Nous pourrons ensuite faire des recommandations sur la façon dont l'article 45 devrait être libellé.

POURQUOI MODIFIER L'ARTICLE 45

1. Le droit actuel

L'article 45 interdit toutes les ententes qui limitent indûment la concurrence, et non seulement les ententes injustifiables comme les accords pour fixer les prix ou partager les marchés. Il peut s'appliquer à toute entente qui aura vraisemblablement pour effet de réduire la concurrence, tels les coentreprises, les fusionnements et les alliances stratégiques, y compris les accords de spécialisation[11]. Il ne vise pas seulement les ententes entre vendeurs concurrents mais aussi les ententes entre acheteurs concurrents; il pourrait donc s'appliquer aux groupes d'achat. Même s'il a principalement été utilisé pour contester les ententes horizontales, rien ne s'oppose, enfin, à ce qu'il soit appliqué aux ententes verticales.

L'article 45 crée un acte criminel grave entraînant de lourdes amendes ainsi que des peines d'emprisonnement d'une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans. Dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, le juge Gonthier, exprimant le jugement unanime de la Cour, affirme que

---

9 Forum des politiques publiques, *Modification de la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence, rapport final soumis au commissaire*, Ottawa, 20 décembre 2000 [non publié].

10 Pour certains auteurs, la nécessité d'une réforme n'a pas encore été démontrée de façon convaincante : McMillan Binch, « Submission to the Public Policy Forum Regarding Proposals to Amend the Competition Act Contained in Bills C-471 and C-472 » (30 juin 2000) [non publié] Lang Michener, « Report to the Public Policy Forum » (2000) [non publié]; Association du Barreau canadien, Section nationale du droit de la concurrence, « Submission on the Public Policy Forum Consultation Concerning Amendments to the Competition Act and the Competition Tribunal Act » (Mars 2001) [non publié].

11 En fait, les articles 45.1, 90 et 98 ainsi que le paragraphe 79(7) de la Loi confirment que l'article 45 pourrait s'appliquer à un fusionnement, à une coentreprise, à un accord de spécialisation et à une situation de codominance découlant d'une entente. Le *Bulletin sur les alliances stratégiques* confirme également que l'article 45 s'applique aux alliances stratégiques, (Industrie Canada, directeur des enquêtes et recherches, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1995, section 3.2).

l'article 45 reste au coeur de la partie pénale de la Loi, et « n'est pas seulement une autre disposition réglementaire »[12].

Puisque le législateur a choisi de n'interdire que les ententes qui réduisent « indûment » la concurrence, il faut donc mesurer les effets réels ou probables que les ententes ont sur la concurrence et, pour cela, de définir le marché pertinent, ce qui se révèle souvent une entreprise difficile et contentieuse. Bien que l'article 45 constitue une véritable interdiction criminelle, il ne précise pas à quel point la réduction de la concurrence prend suffisamment d'importance pour devenir « indue » et être sanctionnée. À cause de cette imprécision, il est pratiquement impossible, dans bien des cas, de déterminer si une entente constitue un acte criminel. Il y a bien sûr des situations dans lesquelles il est clair que l'entente entraînera une diminution importante de la concurrence : lorsque la totalité ou presque des participants d'un secteur d'activité conviennent de fixer le prix auquel leur produit sera vendu et que le marché est facilement définissable, l'entente réduira indûment la concurrence. C'est d'ailleurs dans de telles situations que le procureur général du Canada a réussi à obtenir des plaidoyers de culpabilité de personnes morales et de personnes physiques qui ont été sanctionnés par des amendes considérables. Les problèmes que soulève l'article 45 ne se posent pas relativement à de telles ententes. Ils se manifestent plutôt à l'occasion d'autres accords entre concurrents, lorsque le marché est difficile à définir, ou bien, si le marché est facilement définissable, lorsque seulement quelques concurrents sont partie à l'entente.

La question cruciale en vertu de l'article 45 est celle de la signification du mot « indûment ». Avant l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, les tribunaux ont d'abord défini ce terme en énumérant les éléments qui n'entraient pas en ligne de compte pour déterminer s'il y avait infraction à l'article 45; ainsi, il n'y a pas lieu, selon eux, d'examiner si les prix sont raisonnables ou les profits excessifs, ni si l'accord est nécessaire pour stabiliser l'industrie ou préserver des emplois[13]. Puis les tribunaux ont statué qu'il y avait réduction « indue » de la concurrence lorsque la diminution était « illégitime, immodérée, excessive ou oppressive »[14]; cette liste de synonymes ne clarifiait pas réellement la question. Malgré le nombre de décisions interprétant ce terme, les

---

12 Précité, note 6, à la p. 649.

13 *Weidman v. Shragge* (1912), 20 C.C.C. 117, aux p. 147 et 152 (C.S.C.); *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. R.* (1929), 52 C.C.C. 66, à la p. 70 (C.S.C.); *Container Materials Ltd. v. R.*, [1942] R.C.S. 147, à la p. 152.

14 *Weidman v. Shragge*, *ibid.*, aux p. 151 et 152; *R v. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505 (C.A. Ont.).

entreprises n'étaient pas plus éclairées au sujet des ententes visées par l'interdiction. D'ailleurs, certaines décisions ont effectivement reconnu que l'article 45 est vague et difficile à interpréter[15].

Toute cette incertitude a pavé la voie aux contestations constitutionnelles[16] de la fin des années 1980, qui ont connu leur apogée avec la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*[17].

Il n'est pas nécessaire d'examiner en détail les questions relatives à la *Charte* que la Cour a tranchées dans cet arrêt. Il suffit de signaler la conclusion de la Cour selon laquelle l'imprécision évidente du mot « indûment » à l'article 45 n'est pas assez importante pour que cette disposition contrevienne à l'article 7 de la *Charte*. La Cour n'a pas non plus accepté l'argument voulant que le paragraphe 45(2.2) – qui prévoit que le ministère public n'a pas à prouver l'intention criminelle de l'accusé relativement à la réduction indue de la concurrence – soit contraire à la *Charte*. Elle a reconnu que le ministère public n'avait qu'à prouver l'existence d'une *mens rea* objective quant aux effets de l'entente, mais a statué que cette disposition était conforme à la *Charte*.

L'importance que revêt l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical* pour les fins de notre étude tient à l'analyse détaillée que la Cour a effectuée, pour se prononcer sur les arguments relatifs à la *Charte*, de l'article 45 et plus précisément de la notion de réduction rendue de la concurrence.

Quoique la Cour ait conclu dans *Nova Scotia Pharmaceutical* que l'article 45 ne devait pas être invalidé pour imprécision sous le régime de la *Charte*, sa décision, nous le verrons, a contribué à l'incertitude entourant l'interprétation de l'article 45. La Cour précise toutefois les facteurs qui n'entrent pas dans l'examen visant à déterminer si une entente enfreint l'article 45. La seule question pertinente est celle de l'effet de l'entente sur la concurrence : des facteurs tels les avantages personnels tirés par les parties ou - point plus important pour les fins de notre étude – « les gains (sic) avantageux ... n'entrent ... pas en jeu dans l'examen »[18]. Par conséquent, les parties commettent

---

15 *Weidman v. Shragge, ibid.*, à la p. 130; *Howard Smith Paper Mills Ltd v. R.*, [1957] R.C.S. 403, à la p. 425; *R. v. Electrical Contractors Ass'n*,(1961), 131 C.C.C. 145, aux p. 152 à 156 (C.A. Ont.); *R. v. J.J. Beamish Construction Co. Ltd.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260, à la p. 273 (C.A. Ont.); *Canada (P.G.) c. Transports nationaux du Canada, Limitée*, [1983] 2 R.C.S., à la p. 273.

16 *Association québécoise des pharmaciens propriétaires c. Canada (P.G.)*, [1991] R.J.Q. 205; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1990), 32 C.P.R. (3d) 259 (C.S.N.-É. (1re inst.)); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1991), 36 C.P.R. (3d) 173 (C.S.N.-É. (D.A.)).

17 Précitée, note 6.

18 *Ibid.*, à la p. 649.

un acte criminel même si leur accord qui réduit indûment la concurrence produit d'importants gains en efficience pouvant neutraliser cette réduction. Dans sa forme actuelle, l'article 45 ne permet d'aucune façon de tenir compte des gains en efficience dans le cadre d'une analyse fondée sur la règle de raison, contrairement à ce qui se fait aux États-Unis.

La Cour expose ensuite les facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer le caractère indu de la réduction de concurrence. Selon elle, « cet examen comporte deux éléments principaux, c'est-à-dire premièrement la structure du marché et deuxièmement, le comportement des parties à l'accord »[19].

Le caractère indu dépend d'abord de la puissance commerciale des parties à l'accord. Il faut donc définir le marché du produit et le marché géographique en cause, ce qui est loin d'être simple. Il arrive souvent, dans les faits, que des économistes divergent d'opinion quant à la définition d'un marché particulier, en dépit de la justesse du raisonnement économique suivi par chacun[20]. La Cour fait d'ailleurs état « des complexités de la détermination du marché pertinent » et reconnaît que cette opération peut « exiger une longue analyse »[21]. Une fois le marché défini, il faut alors examiner la part de marché combinée des parties à l'entente, mais la Cour ne précise pas à compter de quelle part de marché les parties tombaient sous le coup de l'article 45.

Elle ajoute, toutefois, que la part de marché, seule, n'est pas déterminante[22]. Lorsqu'il s'agit d'établir la puissance commerciale, de nombreux autres facteurs entrant en ligne de compte, notamment :

(a) le nombre de concurrents et la concentration de la concurrence,

(b) les obstacles à l'entrée,

(c) la répartition géographique des acheteurs et des vendeurs,

---

19 *Ibid.*, à la p. 651.

20 Il n'y a qu'à songer à des exemples comme les *chips* (goûters salés? goûters de toutes sortes? aliments?) ou des boissons gazeuses (de marque réputée ou de marque privée? toutes les boissons non alcoolisées? toutes les boissons?) pour se convaincre de la difficulté qu'il y a à définir le marché pertinent du produit, sans parler du marché géographique pertinent.

21 *Ibid.*, à la p. 652.

22 *Ibid.*, à la p. 653.

(d) les différences dans les degrés d'intégration des concurrents,

(e) la différenciation des produits,

(f) le pouvoir compensatoire,

(g) l'élasticité croisée de la demande.

Pour déterminer si les parties qui envisagent la conclusion d'une entente exercent une puissance commerciale suffisante pour commettre un acte criminel, il faut donc examiner tous ces facteurs (et la Cour a indiqué que cette liste n'est pas exhaustive[23]).

Selon l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, toutefois, le facteur de la puissance commerciale n'est pas déterminant; il faut aussi tenir compte du « comportement des parties », qui a trait à l'aspect de la concurrence touché par l'accord et de son importance pour les clients. Il faut également examiner l'objet de l'accord ainsi que « la manière dont l'accord a été ou sera exécuté et, en général, tout comportement qui tend à réduire la concurrence ou à limiter l'entrée »[24]. La Cour n'indique pas précisément dans ses motifs ce qu'elle entend par « la manière » dont l'accord est exécuté, pas plus qu'elle n'explique les types de « comportements » pertinents pour cette analyse. L'examen relatif au comportement est encore plus ardu que celui que requiert la détermination de la puissance commerciale, et le problème s'aggrave du fait que la Cour n'indique pas s'il faut également tenir compte des « bons » comportements.

Après avoir circonscrit les facteurs à prendre en considération, la Cour affirme que le caractère « indu » dépend de l'interrelation entre la puissance commerciale des parties et leur comportement. Lorsque le comportement porte gravement atteinte à la concurrence – dans le cas de la fixation des prix ou du partage des marchés – il n'est pas nécessaire que les parties exercent une grande puissance commerciale pour que la réduction de la concurrence soit indue.

---

23 La Cour ajoute qu'il n'est pas nécessaire que les parties dominent ou contrôlent complètement le marché (ce qui est énoncé au paragraphe 45(2)), affirmant qu'un niveau « modéré » de puissance commerciale suffit (*ibid.*, à la p. 654); à cet égard, la Cour a évoqué l'affaire *R. c. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (B.R. Qué.), laquelle – le fait est intéressant – portait sur une entente entre acheteurs détenant une part de marché combinée se situant entre 56 et 74 p. cent.

24 *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 6, à la p. 655 (non souligné dans l'original).

Inversement, si les parties détiennent une puissance commerciale considérable, toute entente ayant des incidences sur la concurrence pourra contrevenir à l'article 45, même si elles n'ont pas un comportement très nocif.

Ayant ainsi résumé l'examen à effectuer sous le régime de l'article 45, la Cour conclut que cette disposition n'est pas imprécise au point de contrevenir à la *Charte*. La Cour a peut-être réglé le litige constitutionnel, mais comme l'écrit le professeur Trebilcock dans un article récent, [TRADUCTION] « elle n'a pas vraiment réussi à clarifier le contenu et la portée de l'alinéa 45(1)*c*) »[25]. À notre avis, l'analyse visant à déterminer si un accord réduit indûment la concurrence est devenue encore plus complexe et, donc, plus incertaine. Dans la situation actuelle, les parties doivent procéder à une analyse complète de la concurrence pour déterminer si elles exercent une puissance commerciale, puis elles doivent appliquer le concept vague de comportement et mesurer d'une quelconque façon si ces deux facteurs combinés atteignent un degré de « gravité » excessif, une notion qui ne peut être vérifiée objectivement.

2. Les problèmes que soulève l'article 45

(a) Recours inopportun au droit criminel

En raison de l'incertitude pesant sur son interprétation, l'article 45 ne répond pas aux exigences élémentaires de clarté et de prévisibilité qui doivent s'appliquer aux infractions criminelles. En outre, si l'analyse économique exigée par l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical* n'est pas inhabituelle en droit de la concurrence, elle ne convient pas dans le contexte de l'application d'une disposition criminelle. Le passage suivant traitant des limitations du droit criminel et tiré d'une étude de Skeoch et McDonald, deux experts respectés en droit de la concurrence canadien, est particulièrement pertinent :

> Un des principaux problèmes de l'utilisation du droit criminel dans ce domaine est que les fonctions du droit criminel ainsi que les objectifs et la portée des sanctions qu'il prévoit dépendent d'une interdiction de fond définie avec précision et assez longtemps à l'avance pour qu'une personne dispose d'un préavis raisonnable avant d'adopter un comportement répréhensible allant à l'encontre de la loi et de l'intérêt public. Idéalement, l'interdiction précise se double d'une désapprobation morale de cette conduite de la part de l'ensemble de la société. Toutefois, la loi sur la

---

[25] M.J. Trebilcock, « The Supreme Court and Strenghtening the Conditions for Effective Competition in the Canadian Economy » (2000) 80 *R.B. Can.* 542, à la p. 603.

concurrence ne peut vraiment définir nombre de comportements indésirables sauf pour ce qui est de leur incidence économique certaine ou probable. Il en est ainsi des fusions, ou des différences à l'égard de l'utilisation du pouvoir suite au marché ou des prix [*sic*] qui peuvent être désirables, sans conséquences ou simplement nuisibles selon le contexte dans lequel elles se produisent.

La complexité toujours croissante de l'économie et de l'analyse économique a certainement contribué de façon importante à l'incapacité d'élaborer plusieurs lois précises et efficaces dans ce domaine. Elle a également contribué à la disparition d'une grande partie des forces morales sous-jacentes à l'adoption originale des lois sur les coalitions. Le problème est qu'il existe des situations où les hommes d'affaires agissent d'une façon qui devrait être interdite mais ne justifient pas l'ignominie d'une accusation et d'une condamnation.

L'utilisation du droit criminel dans ce domaine est non seulement négative et source de confrontation dans sa façon d'aborder le problème, mais une procédure de ce type est lente, coûteuse et incommode. Les sanctions imposées publiquement pour infraction aux lois criminelles sont sévères et les moyens d'éviter une condamnation injustifiée sont donc plus stricts que ceux utilisés dans les poursuites au civil. [...]

Le droit criminel a un rôle très important à jouer pour le respect total de la loi mais seulement dans le domaine limité où il peut être efficace, notamment, pour ce qui est d'une conduite qui peut être définie avec un degré raisonnablement élevé de précision et jugé généralement contraire à l'intérêt public sans tenir compte d'un contexte factuel plus précis. Pour ce qui est des infractions criminelles volontaires, les peines devraient être aussi sévères qu'il le faut pour éliminer les pratiques répréhensibles. Dans certains cas, une peine d'emprisonnement peut être nécessaire.

Le besoin de restreindre le champ d'application du droit criminel aux cas qui peuvent être définis avec précision est souligné par la nouvelle disposition adoptée pour les poursuites civiles en dommages-intérêts dans les cas où un acte criminel cause un préjudice privé, qu'une condamnation criminelle en ait résulté ou non[26].

---

26 L.A. Skeoch et B.C. McDonald, *Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Proposals for the Further Revision of Canadian Competition Policy by an Independent Committee Appointed by the Minister of Consumer and Corporate Affairs*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1976, aux p. 39 à 41 (non souligné dans l'original).

(b) Effet paralysant de la portée excessive de l'article 45

L'article 45 est une disposition criminelle d'une portée excessive, dont l'interprétation est loin d'être claire et qui ne permet pas de tenir compte des gains en efficience. Parce que beaucoup de gens d'affaires se refusent à courir le risque de commettre une infraction criminelle - attitude compréhensible -, cette disposition empêche souvent la mise en œuvre d'accords proconcurrentiels, comme des alliances stratégiques visant une utilisation plus efficace des ressources.

On s'entend largement pour reconnaître que la coopération entre concurrents peut générer des avantages économiques substantiels :

> ...une coopération horizontale peut aussi produire des avantages économiques substantiels. Les entreprises doivent s'adapter à des pressions concurrentielles croissantes, à un marché en constante évolution qui se mondialise de plus en plus, à des progrès techniques incessants et au plus grand dynamisme des marchés en général. La coopération peut être un moyen de partager les risques, de réaliser des économies de coûts, de mettre en commun un savoir-faire et de lancer des innovations sur le marché plus rapidement. Pour les petites et moyennes entreprises, en particulier, la coopération est un important moyen d'adaptation à l'évolution des marchés[27].

Pour difficile à démontrer que soit l'effet paralysant de l'article 45 sur les alliances stratégiques, la décision d'abandonner un projet d'entente commerciale étant rarement rendue publique, il n'en est pas moins réel. Voici ce qu'en dit Kennish :

> [TRADUCTION]
> S'agissant des alliances stratégiques entre concurrents, la principale conclusion qui peut être tirée de l'arrêt *PANS* est qu'en dépit des clarifications utiles apportées à ces questions, il apparaît maintenant plus que jamais que la légalité des ententes horizontales entre concurrents ne devrait pas être régie par l'article 45, car cet article procède d'une conception relativement rigide et essentiellement structurale de la question et ne laisse pratiquement aucune place à l'examen des gains en efficience et des effets proconcurrentiels. Quoi qu'il en soit, l'article 45 continue de s'appliquer potentiellement à ces situations, compromettant le plein essor des alliances stratégiques en laissant planer la menace de poursuites criminelles[28].

---

27 UE, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, [2001] J.O. C 3/02 [ci-après Lignes directrices CE], par. 3. Voir également Federal Trade Commission et U.S. Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*, avril 2000 [ci-après Antitrust Guidelines], aux p. 1 et ss.

D'autres auteurs ont fait état de l'effet paralysant de l'article 45[29], et nous savons par expérience que des entreprises abandonnent souvent des arrangements proconcurrentiels pouvant présenter des risques antitrust parce que leurs avocats ne peuvent leur garantir que ces accords ne les exposeront pas à des poursuites criminelles. Prenons par exemple les accords suivants, lorsqu'ils sont conclus entre concurrents qui détiennent une part de marché non négligeable :

- l'établissement d'un système commun de production,
- l'établissement d'un système commun de distribution,
- l'achat en commun de certains produits,
- l'octroi en commun de licences visant des droits de propriété intellectuelle[30],
- la mise au point, la fabrication et la commercialisation communes d'un nouveau produit,
- les accords de spécialisation[31],
- tout accord visant à accroître les effets réseaux[32].

Même si tous ces accords peuvent entraîner des gains en efficience, ces gains ne sont pas pris en considération pour décider de la responsabilité criminelle en vertu de l'article 45. Parce qu'il est impossible d'éliminer avec certitude le risque de sanction criminelle, de nombreuses entreprises répugnent à conclure de tels accords s'ils ont des effets anticoncurrentiels.

On fait souvent valoir que les entreprises ne devraient pas s'inquiéter car le procureur général exercera son pouvoir discrétionnaire pour s'abstenir de porter des accusations à l'encontre d'alliances stratégiques avantageuses, même si elles comportent des effets anticoncurrentiels; on mentionne à l'appui de cet argument que les poursuites fondées sur l'article 45 visent généralement des ententes pour fixer les prix, partager les marchés et autres ententes analogues qui ne produisent aucun effet proconcurrentiel[33].

---

28 J.T. Kennish, « *The Treatment of Strategic Alliances Under the Competition Act* », Conférence annuelle de l'Association du Barreau canadien, Montréal, 30 septembre 1994 [non publié], à la p. 19.

29 Voir Kennish et Ross, précité, note 7, aux p. 51 à 53.

30 *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting Systems Inc.* 441 U.S. 1 (1979) [ci-après *Broadcast Music*].

31 Bien que les articles 85 et ss. de la Loi établissent une exception pour les accords de spécialisation, les conditions sont si exigeantes et le processus si lourd que personne ne s'est prévalu de l'exception et que l'effet paralysant de l'article 45 continue de se faire sentir.

32 Entre entreprises émettant des cartes de crédit ou exploitant des systèmes de paiement, par exemple, qui ont besoin de conclure des accords globaux relativement aux infrastructures, aux prix, etc., accords qui sont généralement proconcurrentiels.

Nous croyons fermement que si l'article 45 ne vise que certains types d'accords, il convient de modifier la loi, et non de s'en remettre au pouvoir discrétionnaire du ministère public, dont l'exercice peut varier selon les titulaires. En outre, ce pouvoir discrétionnaire n'a aucun effet sur l'application de l'article 36 qui permet les recours privés en dommages-intérêts en cas d'infractions aux dispositions criminelles de la Loi.

Certes, il est possible de soumettre des projets d'entente au Bureau afin d'obtenir un avis consultatif, ce qui, en théorie, peut atténuer quelque peu l'effet paralysant. Toutefois, le Bureau ne peut modifier la loi; il ne peut donc tenir compte des gains en efficience, lesquels ne sont pas considérés pertinents aux yeux de la loi, pas plus qu'il ne peut éliminer le risque de poursuite civile.

(c) Problèmes d'application de la loi

Selon nous, l'article 45 a raisonnablement bien joué son rôle uniquement à l'égard des véritables cartels, du moins lorsque le marché pertinent est facilement définissable[34] et que tous les participants de l'industrie ou la plupart d'entre eux sont parties à l'entente, comme l'ont démontré certaines condamnations récentes et les amendes considérables imposées dans des affaires de cartels[35]. Lorsqu'un verdict d'acquittement est prononcé dans ce genre de cas, ce n'est pas parce que le ministère public n'a pas établi de réduction indue de la concurrence, mais parce qu'il n'a pu prouver l'existence de l'accord. Il arrive souvent, toutefois, que le marché soit difficile à définir - les experts pouvant légitimement différer d'opinion sur la question - rendant alors la preuve hors de tout doute raisonnable difficile à faire, voire impossible.

L'incertitude entourant l'interprétation du mot « indûment » et le lourd fardeau de preuve pesant sur le ministère public rendent l'article 45 beaucoup moins efficace à l'égard d'autres types d'accords horizontaux qui réduisent sensiblement la concurrence, par exemple les véritables cartels visant des marchés qui ne sont pas facilement définissables[36] ou à l'égard d'autres accords qui, sans constituer de véritables cartels, causent un préjudice à la concurrence plus important que les

---

33 H. Chandler et R. Jackson, « Au-delà de l'amusement et de la détente : Le traitement des complots en vertu de la *Loi sur la concurrence* du Canada », Table ronde sur la modification de la *Loi sur la concurrence*, Toronto, 25 mai 2000, Insight.

34 Dans le marché du déneigement, des leçons de conduite, des vitamines ou autres additifs alimentaires pour lesquels il n'existe pas de substituts.

35 Voir par exemple, « Amendes en ordre d'importance - *Loi sur la concurrence* », http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01709f.html.

36 *R. v. Clarke Transport Canada Inc.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 289 (C. Ont. Div. gén.).

avantages qu'ils peuvent entraîner. Du point de vue de l'intérêt public, il faut empêcher la mise en œuvre de tels accords, mais ils ne devraient pas tous être nécessairement frappés de sanctions criminelles.

3. La nécessité d'une réforme

Nous avons la conviction qu'il s'impose de modifier en profondeur les dispositions de la Loi applicables aux ententes horizontales. Dans sa forme actuelle, l'article 45 crée en effet un acte criminel extrêmement grave sans renseigner suffisamment sur ce qui est interdit. En outre, le fait qu'il ne permette pas de prendre en considération les gains en efficience, lui donne une portée excessive, ce qui a pour effet de criminaliser des pratiques qui ne font pas l'objet d'une [TRADUCTION] « désapprobation morale » largement répandue, pour reprendre les mots de Skeoch et McDonald[37]. Il n'est pas judicieux, selon nous, que l'attribution d'une responsabilité criminelle pouvant s'accompagner de lourdes amendes et de peines d'emprisonnement tienne à l'analyse de facteurs économiques complexes par les tribunaux. La culpabilité ne devrait pas dépendre de l'opinion du tribunal sur l'élasticité croisée de la demande, l'importance des barrières à l'entrée ou la solidité du pouvoir compensatoire des acheteurs, pour donner quelques exemples.

Ce facteur seul milite, selon nous, en faveur d'une réforme de l'article 45 qui fasse correspondre l'interdiction criminelle à la désapprobation morale largement répandue et cesse de faire dépendre le verdict de culpabilité ou d'innocence de l'application de principes économiques complexes.

Il demeure toutefois nécessaire d'empêcher ou de faire cesser des accords horizontaux anticoncurrentiels dont les avantages ne compensent pas les effets anticoncurrentiels. Il conviendrait de décriminaliser de tels accords, pour alléger le fardeau de la preuve de la poursuite et pour permettre leur examen dans une perspective plus dynamique et plus proactive. Rien ne justifie de traiter les accords horizontaux potentiellement avantageux différemment des fusionnements – et avec plus de sévérité –, alors qu'il s'agit simplement d'une autre forme d'intégration économique[38].

---

37 Skeoch et McDonald, précité, note 26.

38 D'autres auteurs partagent l'opinion selon laquelle l'intégration économique réalisée contractuellement ou par acquisition de propriété devrait recevoir le même traitement juridique; voir par exemple, P. Hughes, M. Sanderson et M.J. Trebilcock, *Legislative Comment on An Act to Promote Competition, to provide for the general regulation of trade and commerce, to promote honest and fair dealing, to establish a Competitive*

Ces modifications devraient améliorer le droit criminel et contribuer à résoudre les problèmes d'application de la Loi. Il convient en effet que les interdictions criminelles soient équitables et qu'elles soient comprises des gens d'affaires qu'elles visent. En atténuant l'effet paralysant créé par le droit existant, une telle réforme encouragerait les accords avantageux qui ne peuvent être mis en oeuvre actuellement et qui auraient des effets bénéfiques sur l'économie. Enfin, la modernisation de l'article 45 nous fournirait l'occasion d'harmoniser notre traitement des accords entre concurrents avec celui de nos principaux partenaires commerciaux et réduirait ainsi le risque qu'un accord produisant des effets dans plus d'un pays soit traité différemment sur le plan de la concurrence.

Pour les raisons que nous avons exposées, nous croyons que le *statu quo* est inacceptable. Il n'existe pas de solution miracle aux problèmes que pose l'article 45. Par exemple, si l'on modifie l'article 45 pour que les tribunaux puissent évaluer les avantages découlant d'un accord par comparaison au préjudice anticoncurrentiel causé, on complexifie l'analyse économique de laquelle dépendra le verdict. Même s'il est incontestablement souhaitable que les effets proconcurrentiels d'un accord soient pris en considération, les tribunaux criminels ne sont pas le forum approprié pour mesurer les conséquences économiques d'un accord. Il ne serait pas davantage souhaitable de supprimer le mot « indûment » de l'article 45, car l'interdiction s'étendrait alors à toutes les ententes anticoncurrentielles, même celles dont les effets sont négligeables, sans permettre par ailleurs d'évaluer les avantages en découlant. La portée excessive de l'article 45 s'en trouverait encore élargie et son effet paralysant accru. Ce qui s'impose, selon nous, c'est une réforme complète des dispositions régissant les ententes horizontales.

4. Les objectifs du changement

La réforme devrait tenter de concilier le plus possible les objectifs suivants :

(a) clarifier et rendre le plus certaine possible l'interdiction criminelle afin de réduire son effet paralysant sur les accords avantageux;

Practices Tribunal and the office of the Commissioner, to repeal the Combines Investigation Act and to make consequential amendments to the Bank Act, Bill C-472 [non publié].

(b) maintenir la condamnation criminelle visant les véritables cartels, qui devraient tous être sévèrement sanctionnés;

(c) réduire le recours aux notions économiques comme celles de marché pertinent, de puissance commerciale et de gains en efficience pour l'application des interdictions criminelles;

(d) abolir toute responsabilité criminelle pour les ententes entre concurrents qui sont raisonnablement susceptibles de produire des gains en efficience;

(e) prévoir les moyens de prévenir ou de faire cesser les ententes horizontales qui réduisent substantiellement la concurrence, sans être de véritables cartels, si l'atteinte à la concurrence n'est pas contrebalancée par des gains en efficience.

Aucune solution magique ne concilie tous ces objectifs. Une disposition criminelle vague s'avère souple mais ne donne pas beaucoup de certitude, tandis que l'énumération de tous les types d'accords faisant l'objet d'une interdiction criminelle fournit plus de certitude mais moins de souplesse. Si l'on tente de soustraire les ententes *de minimis* à la responsabilité criminelle en appliquant un critère fondé sur une part de marché minimale - comme le faisait le projet de loi C-472 -, on peut éviter des condamnations pour des ententes ayant très peu d'effets anticoncurrentiels, mais on demande alors aux juridictions criminelles de définir les marchés pertinents et d'effectuer de complexes analyses en matière de concurrence. S'il n'existe pas de solution parfaite, nous pensons du moins que la proposition décrite ci-après améliore sensiblement le droit existant et permet de concilier raisonnablement les objectifs susmentionnés.

PROPOSITION

Nous croyons que deux dispositions devraient remplacer l'article 45, l'une criminelle et l'autre civile. La disposition criminelle créerait une infraction *per se* pour les véritables cartels. La disposition civile, assujettie à une norme de preuve moins rigoureuse, permettrait au commissaire de saisir le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) des autres ententes horizontales réduisant sensiblement la concurrence.

Notre proposition nécessite l'examen de trois questions distinctes : celle des types de conduites qui feraient l'objet d'une interdiction *per se*, celle des exceptions à l'interdiction criminelle et celle de la portée de la nouvelle disposition civile[39].

Nous souscrivons à la structure générale du modèle proposé par le commissaire dans notre mandat, mais on constatera à la lecture de notre proposition que des aspects importants de ce modèle suscitent chez nous des réserves.

1. L'interdiction *per se*

On s'entend généralement pour reconnaître que les véritables cartels devraient faire l'objet d'une interdiction criminelle. Comme l'ont signalé Warner et Trebilcock, les cartels imposent des prix monopolistiques mais, contrairement à certains monopoles et à certains fusionnements horizontaux, ils ne produisent presque jamais de gains en efficience compensateurs résultant d'économies d'échelle parce que l'échelle de production demeure la même[40]. Les véritables cartels, en visant à accroître les prix, à en prévenir la réduction ou à limiter la production, n'offrent pratiquement jamais d'avantage compensateur.

Il faut que les interdictions criminelles soient certaines, et elles ne doivent pas faire intervenir d'analyse économique complexe. Il conviendrait donc de supprimer le mot « indûment » et de créer des infractions *per se* relativement aux véritables cartels. La difficulté réside dans la définition de l'interdiction, qui doit éviter d'englober les accords avantageux ou les accords qui ne suscitent pas de désapprobation morale générale.

La plupart des observateurs sont d'avis que les ententes pour fixer les prix, répartir les marchés ou limiter la production devraient être interdites *per se*[41] puisqu'elles sont rarement, voire jamais, avantageuses et qu'elles ont pour unique effet de réduire la production et de faire augmenter

---

39 Nous devons beaucoup, à cet égard, à un court article de T.J. Muris, « The New Rule of Reason », (1989) 57 *Antitrust L.J.* 859, qui a alimenté notre réflexion.

40 Warner et Trebilcock, précité, note 7, aux p. 681 à 684.

41 É-U, *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*, avril 2000 [ci-après Antitrust Guidelines]; Lignes directrices CE, précitées, note 27, par. 18 et 25; OCDE, *Hard Core Cartels*, 2000 [ci-après OCDE]; Forum des politiques publiques, précité, note 9, aux p. 28 et 29.

les prix. Dans d'autres propositions, on recommande également d'interdire *per se* les accords pour boycotter des concurrents, des fournisseurs ou des clients de concurrents[42].

(a) Commentaires généraux

Nous examinerons séparément chacune de ces catégories d'ententes mais, auparavant, voici quelques commentaires concernant l'ensemble des interdictions *per se*.

(i) Les interdictions criminelles doivent continuer à ne viser que les accords, et non les agissements unilatéraux. Selon l'interprétation jurisprudentielle, le texte de la disposition actuelle («... complote, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement ») exige une entente, c'est-à-dire un véritable accord des volontés (« *actus contra actus* »)[43]. Nous recommandons d'interdire uniquement les accords. En employant les mots « accord ou arrangement », comme on le fait au paragraphe 45(1) du projet de loi C-472, on pourrait conclure que l'interdiction vise les comportements qui ne résultent pas d'une entente.

(ii) Les nouvelles interdictions *per se* ne devraient viser que les ententes entre concurrents, non les accords verticaux. Il s'agirait là d'une différence d'avec la loi américaine, laquelle ne comporte pas, comme la nôtre, un ensemble de dispositions régissant expressément certaines pratiques verticales comme le maintien des prix, les ventes liées, l'exclusivité et la limitation du marché. Les dispositions existantes de la Loi permettent de contrôler les accords verticaux préjudiciables. Si l'on interdit les ententes entre les concurrents, nous ne croyons pas que les tribunaux appliqueraient l'interdiction aux accords verticaux conclus entre parties par ailleurs concurrentes[44]; si cette question suscite le moindre doute, on pourrait modifier le libellé de la disposition pour préciser que l'interdiction s'applique aux accords entre concurrents agissant à ce titre.

---

42 Voir notamment le projet de loi C-472, précité, note 8 et le modèle proposé dans notre mandat.

43 *R. v. Gage No. 2* (1908), 13 C.C.C. 428, à la p. 450 (C.A. Man.); *Howard Smith Paper Mills v. R.*, précité, note 15, à la p. 413; *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1976] C.S. 421; (1976), 26 C.P.R. (2d) 14, à la p. 23 (C. sup. Qué.); *Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec c. Fédération des producteurs de porcs du Québec* (9 juin 1997), Montréal 500-09-002081-966 J.E. 97-1356, à la p. 39 (C.A.); *R. v. Armco Canada Ltd.* (1976), C.P.R. (2d) 145, aux p. 152 à 155 (C.A. Ont.).

44 Comme le préconisent McMillan Binch, précité, note 10, à la p. 24.

(iii) L'interdiction devrait englober les accords entre concurrents réels ou potentiels. Comme l'a souligné l'Association du Barreau canadien[45], il arrive souvent que les parties aux accords pour partager les marchés ne sont pas en concurrence mais pourraient le devenir. En élargissant ainsi la portée de l'interdiction aux concurrents potentiels, toutefois, on fait naître le risque que les tribunaux donnent une définition trop large de cette notion, ce qui porterait atteinte à l'objectif de certitude. Cependant, la norme de preuve hors de tout doute raisonnable exigée du ministère public devrait contribuer à restreindre la notion de concurrents potentiels aux entreprises qui entreraient probablement en concurrence en l'absence de l'accord ou qui influent sur la conduite de concurrents existants[46].

(iv) Nous recommandons de ne pas interdire *per se* les accords entre acheteurs, et ce pour deux raisons. Premièrement, ces accords sont généralement beaucoup plus susceptibles que les accords entre vendeurs d'avoir des effets proconcurrentiels, tels la réduction des prix et l'élargissement du choix pour les consommateurs :

> [TRADUCTION]
> Notre analyse indique que les accords entre acheteurs risquent peu d'entraîner des effets anticoncurrentiels importants et qu'il convient, en conséquence, de rejeter tout parallélisme dans le traitement antitrust d'activités communes entre acheteurs et entre vendeurs. L'exercice d'un pouvoir monopolistique par des vendeurs se traduit presque toujours par une hausse de prix, un fléchissement de la production et une mauvaise allocation des ressources, sans compter l'atteinte portée à des valeurs non économiques que, dans l'opinion de bien des gens, les lois antitrust ont également pour but de protéger. Les accords d'achats groupés, par contre, entraînent souvent des diminutions de prix et un plus grand choix pour les consommateurs sans risque important de mauvaise affectation des ressources ou d'autres atteintes à l'intérêt public protégé par les lois antitrust. Les activités communes d'acheteurs devraient donc appeler un traitement antitrust plus indulgent[47].

---

45 Précité, note 10, à la p. 46.

46 Voir les Antitrust Guidelines, précitées, note 27, à la p. 2 (note 6), où l'on peut lire: [TRADUCTION] « une entreprise est considérée comme une concurrente potentielle si des éléments de preuve établissent qu'il est raisonnablement probable qu'en l'absence de l'accord en cause elle entrera dans le marché ou bien que la crainte qu'une conduite anticoncurrentielle amènera probablement l'entreprise à entrer sur le marché pèse sur les décisions importantes sur le plan de la concurrence que doivent prendre les concurrents en place ».

47 Jacobson J.M. and Dorman G., « Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust », (1991) *The Antitrust Bulletin*, printemps 1991, 1, à la p. 2, excellent article abordant cette question et d'autres aspects du traitement antitrust que le droit de la concurrence devrait appliquer aux complots entre acheteurs.

Deuxièmement, nous avons observé que les acheteurs sont généralement moins concentrés que les vendeurs sur les marchés canadiens; par conséquent, les groupes d'acheteurs sont moins susceptibles que les groupes de vendeurs d'exercer une puissance commerciale. D'ailleurs, peu de poursuites fondées sur des accords illégaux entre acheteurs ont été intentées au Canada ou aux États-Unis, ce qui indique que les autorités chargées de faire respecter la loi considèrent les accords anticoncurrentiels entre acheteurs moins problématiques que les accords anticoncurrentiels entre vendeurs.

(v) Les interdictions *per se* ne devraient pas viser les accords entre affiliées, et l'affiliation devrait se concevoir autant entre les « compagnies » (comme dans l'actuel article 45 et dans le projet de loi C-472) qu'entre d'autres entités, comme les sociétés de personnes contrôlées (voir le paragraphe 2(2) de la Loi).

(vi) Il reste à déterminer s'il convient de formuler l'interdiction en fonction des effets de l'accord (« ... aurait ou aurait vraisemblablement pour effet ... de fixer, établir, contrôler ou maintenir le prix ... », projet de loi C-472) ou de son objet. Selon nous, une interdiction axée sur les effets risque fort d'avoir une portée excessive, car elle pourrait viser des ententes ayant, par exemple, l'effet indirect de maintenir les prix. L'interdiction criminelle *per se* ne devrait s'appliquer qu'aux cartels tendant expressément à fixer des prix, partager des marchés ou restreindre la production, et non aux ententes qui pourraient indirectement influer sur les prix, les marchés ou la production. Une autre façon de procéder consisterait à définir l'interdiction en référant au véritable objet de l'accord. Mais il faudrait alors que le tribunal détermine quel est le véritable objet de l'accord, exercice qui peut se révéler très ardu dans certains cas[48].

À notre avis, il est préférable de définir la conduite prohibée par référence à la nature de l'accord plutôt qu'à ses effets ou à son objet. L'interdiction *per se* doit être formulée le plus simplement possible. Nous proposons de suivre le modèle de l'article 47, relatif au truquage d'offres, qui définit l'infraction *per se* par rapport à la nature de l'accord. C'est de cette façon que le nouvel article 45 devrait être formulé, condamnant, par exemple, les accords entre

---

[48] Dans l'exemple donné par Bork de petits détaillants établissant le prix d'un produit pour les fins d'une campagne de publicité commune (mentionné dans Ross, précité, note 7, à la p. 862), la responsabilité criminelle dépendrait de la décision du tribunal quant à la question de savoir si l'accord avait pour objet de fixer les prix ou d'organiser une campagne publicitaire commune.

concurrents réels ou potentiels au moyen desquels les parties fixent les prix, se répartissent des marchés ou limitent la production. Cette solution contribuerait de plus à simplifier les exigences en matière de *mens rea*. Le ministère public aurait à prouver l'intention subjective de l'accusé de conclure un accord semblable à celui qui est décrit. Il ne serait pas nécessaire de se demander s'il faut prouver une autre intention relative aux « effets probables » de l'accord.

(b) L'interdiction *per se*

(i) La fixation des prix

Personne ne conteste que s'il doit y avoir une interdiction *per se*, elle doit viser les accords pour fixer les prix. La difficulté réside dans la définition de la conduite à prohiber. L'interdiction devrait, selon nous, viser les accords au moyen desquels les parties établissent le prix auquel elles vendent ou offrent en vente un produit, ou conviennent de le hausser ou de ne pas le réduire. Seraient ainsi interdits les accords sur un prix plancher, qui constituent en fait un engagement à ne pas réduire les prix. Les véritables accords sur les prix plafond, toutefois, échapperaient à l'interdiction parce qu'ils n'établissent pas le prix d'un produit, ne l'augmentent pas et n'en empêchent pas la réduction. Nous pensons que cette interdiction est assez large pour englober les ententes portant sur des composantes de prix, c'est-à-dire sur des facteurs influant directement sur les prix, tels les escomptes, rabais, remises ou modalités de paiement. Nous sommes convaincus que les tribunaux jugeront que des accords de ce type équivalent à des accords visant à fixer ou augmenter des prix ou à ne pas les diminuer.

(ii) Le partage de marchés et de clients

Déjà en 1969, le Conseil économique avait conclu que « les accords collusoires entre concurrents pour se partager les marchés » devraient constituer des infractions *per se*[49]. Il ne semble pas que cette question ait suscité beaucoup de controverse depuis[50]. Toute disposition interdisant *per se* certains accords horizontaux doit donc englober les accords pour se partager des marchés ou des clients par lesquels les concurrents conviennent de ne pas se livrer concurrence dans certains territoires ou marchés ou relativement à certains clients.

L'interdiction visant ces accords, toutefois, pourrait s'appliquer à de nombreuses ententes commerciales généralement considérées comme bénéfiques, telles les clauses de non-concurrence dans les ententes de fusionnements, baux commerciaux ou conventions de franchisage. Personne ne songerait à recommander l'interdiction *per se* de ces ententes. Cela confirme la nécessité de prévoir une exception aux interdictions *per se*, quelle que soit la précision de leur libellé. Il sera question d'une telle exception dans la prochaine section du présent document.

Nous proposons donc que, sous réserve d'une telle exception, soit interdit *per se* tout accord entre concurrents visant le partage de marchés, de territoires, de clients ou de ventes.

---

49 Précité, note 4, aux p. 101 et 102. Le Conseil a reconnu la difficulté que présentaient les interdictions *per se* et a convenu de la nécessité de prévoir quelques exceptions relativement au franchisage et d'autoriser le maintien de pratiques comme celles qui permettent, par exemple, à un groupe de pharmacies d'une région de s'entendre pour que l'une ou plusieurs d'entre elles demeurent ouvertes le dimanche.

50 Kennish et Ross, précité, note 7, à la p. 64 préconisent de faire une infraction *per se* de [TRADUCTION] « la répartition entre toutes parties de marchés, de territoires ou de clients ». Le projet de loi C-256, précité, note 6, aurait interdit les accords de partage ou de répartition de marchés. En droit américain, les accords de partage de marchés ont toujours constitué des infractions *per se* (ABA, Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments, 4e éd.* (Chicago, American Bar Association, 1997), aux p. 97 à 100 [ci-après *ABA Antitrust Law Developments*). Dans l'Union européenne, on juge que ces ententes font partie des ententes injustifiables les plus flagrantes et qu'elles contreviennent presque invariablement au paragraphe 81(1) du Traité CE (Lignes directrices, précitées, note 27, au par. 25). Enfin, on peut lire dans l'analyse de l'OCDE sur les ententes injustifiables que les accords visant à diviser ou partager des marchés sont les atteintes les plus flagrantes au droit de la concurrence (précité, note 41, à la p. 6, renvoyant à la *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, doc. n° OCDE C/M(98)7/PROV, 25 février 1998.

(iii) La limitation de la production

Le caractère intrinsèquement anticoncurrentiel d'une entente visant uniquement le maintien ou la réduction du niveau de production ne fait aucun doute. On peut faire valoir que si les accords pour fixer les prix sont interdits, il n'est pas nécessaire d'interdire les accords pour limiter la production, puisque ce genre d'accord influe forcément sur les prix. C'est d'ailleurs pour cette raison que de tels accords constituent des infractions *per se* aux États-Unis :

> [TRADUCTION]
>
> Parce que la loi de l'offre et de la demande suppose qu'un accord visant à limiter la production équivaut à un accord pour fixer les prix, les tribunaux ont également appliqué la règle *per se* aux accords pour restreindre la production, fixer des contingents ou abandonner la fabrication d'un produit ...[51].

Toutefois, comme nous recommandons de ne pas définir l'interdiction de fixer les prix par référence à l'effet de l'accord sur les prix, nous pensons qu'il est nécessaire de prévoir une interdiction distincte pour les accords limitant la production. Le libellé devrait indiquer clairement que l'interdiction ne vise pas seulement les accords pour réduire la production, mais également les accords pour maintenir ou ne pas augmenter la production. L'interdiction devrait également englober les ententes empêchant la production, telles les ententes pour s'abstenir de fabriquer un produit.

Cette interdiction *per se* pose, comme les autres, le problème de la criminalisation d'accords potentiellement avantageux, comme les coentreprises ou les alliances stratégiques et, ce faisant, elle confirme la nécessité d'une exception, à laquelle nous reviendrons plus loin.

Par conséquent, nous recommandons la formulation d'une interdiction *per se* applicable aux accords entre concurrents qui empêchent, réduisent ou maintiennent la production. Une telle interdiction viserait non seulement les accords empêchant ou réduisant la production et les accords de non-augmentation, mais également les accords portant sur des contingents,

---

51 *ABA Antitrust Law Developments*, précité, note 50, à la p. 82.

sur le retrait d'un produit, la fixation de volumes ou de quantités minimales ou maximales de produits vendus[52].

(iv) Le boycottage

Les parties à un accord de boycottage s'entendent pour ne pas faire affaire avec une ou plusieurs personnes. On peut aisément concevoir les effets anticoncurrentiels que peut entraîner un boycottage concerté, par exemple, lorsque tous les concurrents conviennent d'exercer des pressions sur les fournisseurs pour qu'ils refusent d'approvisionner un nouvel entrant potentiel[53]. Toutefois, ces ententes n'entraînent pas toujours de préjudice concurrentiel évident et, même si elles réduisent la concurrence, elles font souvent partie d'un arrangement générant des avantages. Des groupes d'achats peuvent, par exemple, exclure des aspirants membres pour des motifs tout à fait légitimes : des réseaux de guichets automatiques peuvent refuser des institutions financières parce qu'elles ne remplissent pas certaines exigences techniques.

Aux États-Unis, le boycottage concerté, quelquefois appelé refus de vendre, est considéré comme une infraction *per se*, une contravention à l'article 1 de la *Sherman Act*. Cette question suscite cependant une certaine confusion en droit américain[54]. Comme l'écrit la Section of Antitrust Law de l'ABA :

> [TRADUCTION]
> La Cour suprême a invariablement statué, dans des affaires antérieures, que le refus de faire commerce contrevenait *per se* à l'article 1. Plus récemment, elle a reconnu, tout comme d'autres tribunaux, que certains refus horizontaux de faire commerce devaient faire l'objet d'un examen fondé sur la règle de raison. Il s'ensuit que la définition des circonstances dans lesquelles un refus concerté de faire commerce constitue un boycottage illégal n'ont pas toujours été bien définies. Comme la Cour suprême l'a fait observer, « la portée et le fonctionnement de la règle *per se* suscite plus de

---

52 Voir les affaires mentionnées dans *ABA Antitrust Law Developments*, précité, note 50, aux p. 82 et 83.

53 Il s'agissait d'une des allégations faites dans l'affaire *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.*, précitée, note 43, à la p. 61, mais elle a été rejetée par la Cour.

54 Voir par exemple McQuinn, R. « Boycott Law After *Northwest Wholesale Stationer* » [1989] 57 *Antitrust L.J.* 839.

> confusion à l'égard des opérations de boycottage concerté que tout autre aspect de la règle[55].

Nous avons de sérieuses réserves concernant l'interdiction *per se* des [TRADUCTION] « boycottages primaires ou secondaires d'un concurrent »[56]. Il y a lieu de signaler que l'OCDE n'inclut pas les boycottages dans sa définition de véritables cartels[57]. De la même façon, les Lignes directrices CE ne les mettent pas au nombre des accords les plus flagrants « tombant presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1 »[58]. Le moins que l'on puisse dire est qu'il n'y a pas consensus sur le caractère intrinsèquement anticoncurrentiel des boycottages concertés, ni « désapprobation morale » généralisée. Notons que la victime d'un boycottage, contrairement à celle d'un accord pour fixer les prix, apprend vite ce qui se passe, et que le Bureau est rapidement mis au courant si une plainte est formulée. Une instance civile pourrait probablement s'ensuivre dans les cas appropriés et constituer un recours plus efficace et plus expéditif qu'une poursuite criminelle.

Nous proposons donc de ne pas faire du boycottage une infraction *per se*, mais il serait toutefois visé par la disposition civile dont nous traiterons plus loin.

2. L'exception

L'interdiction *per se* vise à criminaliser les accords ayant pour unique fonction d'augmenter les prix ou de limiter la production[59] : c'est pour cette raison qu'ils sont décrits comme des « véritables cartels ». Parce que ces accords n'ont habituellement pas d'autre effet que de restreindre la concurrence, ils suscitent une « désapprobation morale » largement partagée[60] et il y a lieu de les interdire par voie de sanction criminelle.

Cependant, on aura beau rédiger l'interdiction avec tout le soin possible, elle s'appliquera inévitablement à des ententes qui ne sont pas injustifiables et qui ne sont pas frappées d'une

---

55 *ABA Antitrust Law Developments*, précité, note 50, aux p. 101 et 102.

56 Le projet de loi C-472, précité, note 8, aurait assujetti à une interdiction *per se* le fait de « boycotter un concurrent ou les fournisseurs ou clients d'un concurrent ».

57 OCDE, précité, note 41, à la p. 6.

58 Lignes directrices CE, précitées, note 27, par. 25.

59 Dans l'affaire *Broadcast Music*, précitée, note 30, au par. 44, la Cour suprême des É.-U. fait état d'accords qui n'ont [TRADUCTION] « d'autre objet que de supprimer la concurrence ».

60 Skeoch et McDonald, précité, note 26.

désapprobation morale. Nous avons donné des exemples d'accords qui fixent des prix, répartissent des marchés ou limitent la production sans pour autant constituer des restrictions anticoncurrentielles injustifiables[61]. À notre avis, l'équité exige qu'une exception leur soit applicable. Nous ne proposons pas de les soustraire à tout examen, mais simplement de les exclure de l'application de l'interdiction criminelle *per se* pour les assujettir plutôt à un examen civil dont il sera question plus loin.

Le but de cette exception est de soustraire à une sanction criminelle les accords qui, dans les faits, fixent les prix, partagent des marchés ou limitent la production mais qui ne sont pas de véritables cartels. S'agissant d'une exception à une interdiction criminelle, son bien-fondé devra être établi devant une juridiction criminelle. Pour que les objectifs qu'elle poursuit soient atteints, il faudrait, si c'est possible, que le tribunal n'ait pas à définir le marché pertinent, à évaluer l'étendue de la réduction de la concurrence ou des gains en efficience ou à déterminer si les gains en efficience l'emportent sur l'atteinte à la concurrence.

Idéalement, l'exception devrait être conçue en termes simples et comporter les éléments suivants :

- la restriction anticoncurrentielle fait partie d'un arrangement plus large;

- cette entente entraînera vraisemblablement des gains en efficience;

- la restriction est raisonnablement nécessaire pour réaliser les gains en efficience escomptés.

Nous croyons enfin que c'est à l'accusé qu'il devrait incomber de prouver, suivant la prépondérance des probabilités, que l'exception lui est applicable.

---

61 Le mémoire soumis par l'ABC au Forum des politiques publiques, précité, note 10, aux p. 45 et 46, fournit une liste d'exemples de tels accords; voir également, McMillan Binch, précité, note 10, aux p. 25 et 26.

(a) Élément d'un arrangement plus large

L'objectif étant d'exonérer de responsabilité criminelle les parties à des accords pour fixer les prix, partager des marchés ou limiter la production qui n'ont pas pour seul effet de réduire la concurrence, c'est-à-dire qui ne sont pas des véritables cartels, il faut nécessairement que ces accords s'inscrivent dans un arrangement plus large comportant d'autres caractéristiques que les restrictions anticoncurrentielles. Parce que ces caractéristiques peuvent être constatées dans une entente unique ou dans plusieurs ententes, nous recommandons de définir l'exception en employant l'expression « arrangement plus large » pour couvrir les deux situations.

On nous a demandé d'examiner s'il était opportun de prévoir une exception fondée sur la théorie de la « restriction accessoire ». Nous craignons que l'emploi du mot « accessoire » ou d'un synonyme, comme dans le projet de loi C-472 (« auxiliaire »), laisse supposer que la restriction doive être secondaire, ce qui obligerait le tribunal à déterminer si c'est la restriction anticoncurrentielle ou le reste de l'entente qui constitue l'objet principal de l'arrangement. Pour reprendre l'exemple examiné plus haut, l'exception telle qu'elle est formulée dans le projet de loi C-472 ne pourrait être invoquée, dans le cas d'une entente entre petits détaillants fixant le prix de produits annoncés dans une publicité commune, que si l'accord portait principalement sur la publicité commune et non sur la fixation de prix. Nous croyons pour notre part que l'exception devrait s'appliquer si l'ensemble de l'arrangement est susceptible de générer des avantages concurrentiels, sans égard à la question de savoir si les avantages résultent de la restriction ou la restriction des avantages, car la responsabilité criminelle ne devrait pas dépendre de ce qui peut équivaloir à une détermination subjective.

(b) Probabilité de gains en efficience

L'étape suivante consiste à déterminer le type d'arrangements plus larges qui devraient échapper à la responsabilité criminelle en dépit de la présence de restrictions anticoncurrentielles. Une première possibilité est de ne pas attacher d'importance à la nature de l'arrangement, dans la mesure où il comporte des caractéristiques autres que la restriction anticoncurrentielle. C'est la démarche retenue dans le projet de loi C-472, lequel prévoit une exception à l'égard de la collusion accessoire à un « autre accord ». La disposition n'énonce aucune exigence relativement à cet autre accord; il peut littéralement porter sur n'importe quoi, pourvu que la restriction anticoncurrentielle n'en soit pas l'unique objet. La seconde possibilité serait de définir la nature de l'arrangement plus

large englobant la restriction anticoncurrentielle. Compte tenu du contexte du droit de la concurrence, nous estimons que cet arrangement doit à tout le moins comporter quelques éléments proconcurrentiels.

À notre avis, la seconde option est préférable. Une restriction foncièrement anticoncurrentielle ne devrait pas bénéficier d'une exception simplement parce qu'elle s'inscrit dans un arrangement plus large, quelle que soit la nature de celui-ci. Il doit y avoir des éléments de preuve indiquant que l'arrangement produit ou produira vraisemblablement des avantages proconcurrentiels. Pour qu'un accord anticoncurrentiel n'entraîne pas de responsabilité criminelle, il doit présenter des avantages sur le plan de la concurrence dépassant la seule existence d'un autre but ou la seule possibilité de gains privés pour les parties[62]. Le processus concurrentiel doit y gagner.

On peut préciser la nature de l'arrangement en faisant référence à des « gains en efficience » ou à des « avantages concurrentiels »[63]. Bien que la seconde expression puisse avoir une portée plus large que la première, nous sommes d'avis que l'exception devrait s'articuler autour des gains en efficience, parce que cette notion est déjà bien connue en droit de la concurrence et qu'ainsi on atteindra une plus grande certitude, ce qui compte beaucoup en droit criminel. En outre, si les parties estiment que leur accord engendrera des avantages pour le processus concurrentiel, mais ne savent si ces avantages constituent des gains en efficience, elles pourront en donnant l'avis décrit plus loin, écarter toute responsabilité criminelle. Nous aimerions que l'analyse tienne compte de la totalité des avantages concurrentiels, telles l'amélioration de la qualité, l'intensification de la recherche et du développement, la stimulation de l'innovation, la création de nouveaux produits, etc. Nous pensons toutefois que ces avantages peuvent être considérés comme des gains en efficience dynamiques[64].

Il ne devrait pas être nécessaire, à notre avis, de démontrer que l'arrangement se traduira effectivement par des gains en efficience; la preuve qu'il en produira vraisemblablement devrait

---

62 Actuellement, ces facteurs ne jouent pas dans l'application de l'article 45 : *Weidman v. Shragge*, précité, note 13, aux p. 147 et 152; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. R.* (1929), précité, note 13 à la p. 70; *Container Materials Ltd. v. R.*, précité, note 13, à la p. 152.

63 Sur cette question, les auteurs ne s'expriment pas toujours clairement. Certains semblent penser que les expressions « avantages concurrentiels » et « gains en efficience » sont interchangeables tandis que d'autres font une distinction entre les deux. Voir par exemple, *US Antritrust Guidelines*, précitées note 41, article 2.1; McQuinn, précité, note 54, à la p. 840; Muris, précité, note 39, aux p. 861 et 862.

64 Au sens entendu dans *Fusionnements - Lignes directrices pour l'application de la loi*, Industrie Canada, Directeur des enquêtes et recherches, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1991.

suffire. Ainsi, l'exception s'appliquerait à des parties à un accord qui n'a pas produit les gains en efficience qu'elles escomptaient, si elles peuvent établir que leur réalisation était plausible dans le contexte de l'arrangement plus large. Nous ne préconisons pas une exception applicable dès que les accusés prétendent croire que leur arrangement produira probablement des gains en efficience. Le tribunal devra prendre en considération la nature de l'arrangement ainsi que toutes les circonstances l'entourant pour juger de la plausibilité des gains en efficience.

Il se peut fort bien que les gains en efficience ne puissent se réaliser que par suite d'une forme quelconque d'intégration économique[65], mais il n'est pas nécessaire selon nous de préciser dans l'énoncé de l'exception que l'arrangement plus large devrait équivaloir à une intégration économique. S'il est clair que l'exception exige un arrangement plus large qui entraînera vraisemblablement des gains en efficience, la structure de l'arrangement importe peu pour les fins de l'exception.

(c) Raisonnablement nécessaire pour la réalisation des gains en efficience

Il n'est pas suffisant, selon nous, de prouver simplement que la restriction fait partie d'un arrangement plus large qui générera probablement des gains en efficience. Les parties devraient ensuite avoir à démontrer que la restriction est « raisonnablement nécessaire » à la réalisation de ces gains en efficience. Il ne suffit pas que les parties adjoignent à leur cartel des activités communes licites et bénéfiques; il doit exister un lien raisonnable entre la restriction et les gains en efficience, autrement les parties à de véritables cartels pourraient échapper à la responsabilité criminelle en assortissant simplement leurs restrictions anticoncurrentielles de caractéristiques supplémentaires sans rapport avec elles.

L'exception doit être conçue pour exonérer de toute responsabilité criminelle les parties à des arrangements ne constituant pas de véritables cartels. Les parties devront donc établir plus qu'une simple contemporanéité entre la restriction et les gains en efficience, sans toutefois avoir à démontrer que la restriction est essentielle à la réalisation desdits gains ou qu'il n'existe pas d'autres moyens de les réaliser.

---

65 *US Antitrust Guidelines*, précité, note 41, section 3.2.

Enfin, comme nous l'avons mentionné, les juridictions criminelles ne sont pas le forum approprié pour débattre de questions économiques. Il n'est donc pas souhaitable d'exiger la preuve que les gains en efficience sont considérables ou qu'ils sont propres à contrebalancer l'atteinte à la concurrence. L'examen ne devrait consister qu'à déterminer si la restriction anticoncurrentielle constitue un véritable cartel ou si elle se rattache à un arrangement favorable à la concurrence. Les tribunaux ne devraient pas être appelés à effectuer une évaluation comparative du préjudice et des avantages, analyse qui relève du régime civil décrit ci-dessous.

(d) Fardeau de la preuve

À défaut de mention particulière dans le texte de loi[66], la norme de preuve habituellement applicable aux exceptions et aux moyens de défense invoqués en matière criminelle est celle du doute raisonnable :

> L'accusé invoque le moyen de défense en signalant des faits susceptibles de l'étayer ..., après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense[67].

Autrement dit, à moins de mention particulière quant au fardeau de la preuve dans l'énoncé de l'exception, un accusé pourrait se soustraire à la responsabilité criminelle en soulevant simplement un doute raisonnable sur l'existence d'un arrangement pouvant vraisemblablement produire des gains en efficience et sur le caractère raisonnablement nécessaire de la restriction anticoncurrentielle pour la réalisation desdits gains. Pour obtenir une condamnation, lorsque l'accusé a soulevé un doute raisonnable, le ministère public doit alors établir hors de tout doute raisonnable que la restriction ne fait pas partie d'un arrangement, qu'elle n'est pas raisonnablement nécessaire à cet arrangement et que l'arrangement n'est susceptible d'entraîner aucun gain en efficience.

Nous craignons que ce fardeau soit insuffisant et qu'il mène à des acquittements injustifiés dans des affaires relatives à de véritables cartels. Comme nous l'avons indiqué, l'exception que nous envisageons n'exigerait pas la preuve que l'arrangement entraînera des gains en efficience réels

---

66 Voir, par exemple, l'alinéa 45(7)*d*) du projet de loi C-472, précité, note 8, qui ne prévoit rien quant au fardeau de la preuve.

67 *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, au par. 66.

ou considérables, que les gains constituent le principal objectif des parties ou qu'ils sont plus importants que la réduction de concurrence découlant de l'entente. Si la norme de preuve exigée pour les éléments de l'exception est celle du doute raisonnable, il pourrait alors être trop facile pour les parties à un véritable cartel de concevoir des « arrangements » autour de leurs activités collusoires et de soulever ainsi un doute raisonnable quant à la réalisation de gains en efficience quelconques. Comme tout doute doit profiter à l'accusé, les tribunaux pourraient décider d'acquitter même si la preuve des gains en efficience est contestable. Il serait alors ardu pour le ministère public de faire condamner les parties à de véritables cartels.

Peut-être conviendrait-il plutôt d'imposer un fardeau légal aux accusés, c'est-à-dire de prévoir dans la loi qu'ils sont tenus d'établir les éléments de l'exception selon la prépondérance des probabilités. Cette solution soulève toutefois des problèmes constitutionnels, parce qu'une telle exigence porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'article 7 et l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[68] :

> La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.
>
> La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé[69].

Ce type d'atteinte doit alors être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le cadre de notre étude ne nous permettant pas d'effectuer une analyse complète en vertu de l'article premier[70], nous nous contenterons d'énoncer notre opinion préliminaire voulant qu'une disposition

---

68 Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U.), ch. 11.

69 Voir *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, par. 31 et 32 (non souligné dans l'original); voir également *R c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Laba*, [1994] 2 R.C.S. 965.

70 Voir notamment l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

portant inversion du fardeau de la preuve pourrait fort bien se justifier sous le régime de l'article premier, notamment pour les motifs suivants :

- l'accusé est mieux en mesure que le ministère public d'établir que la restriction anticoncurrentielle est raisonnablement nécessaire pour les fins d'un arrangement plus large, lequel produira vraisemblablement des gains en efficience[71];

- le ministère public aurait un très lourd fardeau de preuve s'il devait établir hors de tout doute raisonnable que la restriction anticoncurrentielle n'est pas raisonnablement nécessaire à l'arrangement invoqué ou que cet arrangement ne produirait aucun gain en efficience[72];

- l'exception crée en fait un moyen de défense que l'accusé ne pourrait autrement invoquer[73]; comme l'a déclaré le tribunal saisi de l'affaire *R. c. Peck*[74], une infraction qui ne pourrait être contestée si le moyen de défense n'existait pas ne devrait pas être invalidée parce que le législateur a ajouté un moyen de défense à ceux que prévoit la common law.

L'analyse complète se rapportant à l'article premier chercherait aussi à déterminer si d'autres solutions moins restrictives auraient permis d'atteindre l'objectif poursuivi, c'est-à-dire diminuer le fardeau de la preuve du ministère public. Une solution de rechange serait de prévoir une exception plus exigeante, prescrivant, par exemple, la preuve de l'existence de gains en efficience considérables, la preuve que ces gains excèdent l'atteinte à la concurrence, ou la preuve qu'il n'existe pas de moyens moins restrictifs de réaliser les gains, tout en conservant la norme de preuve plus légère du doute raisonnable. Comme nous l'avons expliqué plus haut, toutefois, il ne nous paraît pas souhaitable de procéder ainsi car cela obligerait les juridictions criminelles à effectuer des analyses économiques, alors que ces analyses devraient plutôt se faire dans le contexte civil décrit plus loin.

---

71 Voir *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Curtis*, (1998) 38 O.R. 3d. 135 (C.A.). Voir également, T.C. Arthur, « A Workable Rule of Reason: a Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts » (2000) 68 *Antitrust L.J.* 337, à la p. 380.

72 *R. c. Whyte*, précité, note 69; *R. v. Curtis*, *ibid.*

73 *R. c. Whyte*, *ibid.*; *R. c. Keegstra*, précité, note 68; *R. v. Peck*, 128 N.S.R. (2d) 206 (C.A. N.-É.).

74 *Ibid.*, à la p. 213.

(e) Avis

Nous avons recommandé une infraction *per se*, décrite avec suffisamment de précision pour en limiter l'application aux restrictions anticoncurrentielles les plus préjudiciables. Nous avons également proposé d'assortir cette infraction d'une exception, pour limiter encore davantage l'imposition d'une responsabilité criminelle afin d'éviter l'effet paralysant sur les accords pouvant vraisemblablement générer des gains en efficience et qui ne devraient donc pas faire l'objet de poursuites criminelles. Cependant, parce qu'il n'est pas toujours facile de déterminer avec certitude si cette exception s'applique, plus particulièrement d'établir que la restriction anticoncurrentielle est nécessaire à la réalisation des gains en efficience, et parce que la simple possibilité de responsabilité criminelle empêchera souvent la mise en œuvre d'arrangements proconcurrentiels, nous avons également examiné s'il ne conviendrait pas de prévoir une nouvelle exception, savoir une procédure d'avis, pour élever le degré de certitude juridique.

Warner et Trebilcock[75] préconisent d'interdire *per se* tous les accords secrets pour fixer les prix. Seuls échapperaient à l'interdiction les accords dont le Bureau de la concurrence aurait reçu avis avant leur prise d'effet. L'avis ne serait pas obligatoire, mais il écarterait tout risque de sanction criminelle puisqu'il constituerait une défense complète en cas de poursuite criminelle. Warner et Trebilcock proposent un simple processus d'avis, non une procédure d'inscription ou d'autorisation, bien qu'ils envisagent que le commissaire puisse demander des renseignements supplémentaires afin de déterminer s'il y a lieu de demander une injonction interdisant l'accord sous le régime d'une nouvelle disposition civile, qu'ils proposent également, concernant les ententes horizontales[76].

Kennish et Ross[77] ont examiné cette proposition. Ils y voient une lacune parce que, selon eux, le Bureau pourrait recevoir une avalanche d'avis et parce que certains véritables cartels peuvent être difficiles à déceler, en particulier s'ils sont maquillés de façon à dissimuler leur véritable objet. Kennish et Ross pensent aussi que, parce que le secret constitue souvent une arme tactique importante pour les entreprises qui prennent des initiatives importantes, les parties pourraient bien décider de ne pas donner d'avis pour protéger la confidentialité de leur projet ce qui, aux termes de la proposition mise de l'avant par Warner et Trebilcock, les exposerait à une poursuite criminelle.

---

75 Warner et Trebilcock, précité, note 7.

76 P. Hughes *et al.*, précité, note 38, ont récemment repris cette proposition en y apportant toutefois des modifications intéressantes.

77 Kennish et Ross, précité, note 7.

Le projet de loi C-472 proposait un certificat d'autorisation analogue au certificat de décision préalable délivré à l'égard de fusionnements sous le régime de l'article 102 de la Loi; cela diffère considérablement d'un système d'avis. Aux termes de l'article 79.2 du projet de loi, le commissaire, s'il est convaincu que l'accord n'aurait pas vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, pourrait remettre un certificat d'autorisation immunisant les parties pour une durée de trois ans contre toute poursuite fondée sur l'interdiction criminelle *per se* ou fondée sur une nouvelle disposition civile relative aux accords horizontaux. Le commissaire aurait été tenu d'examiner les demandes de certificats « avec toute la diligence possible », mais le projet de loi ne prévoyait pas de délai pour sa réponse. De plus, l'alinéa 45(7)c) aurait exonéré de responsabilité criminelle les auteurs d'accords « ayant fait l'objet d'un avis donné au commissaire conformément au paragraphe 79.2(1) »; il n'est pas question d'avis, toutefois, à l'article 79.2(1), seulement de « demande » ou de « demande de certificat d'autorisation ».

Nous sommes d'avis que la solution la plus appropriée consisterait à prévoir l'exception supplémentaire recommandée ci-dessous, fondée sur un processus d'avis analogue à celui que proposent Warner et Trebilcock. Ce processus aurait les caractéristiques suivantes :

- il s'agirait d'un simple avis, non d'une demande d'exemption ou d'un processus imposant une période d'attente avant la mise en oeuvre de l'accord;

- les accords dont le Bureau de la concurrence aurait reçu avis ne pourraient donner lieu à une poursuite criminelle et, par conséquent, ne pourraient fonder un recours en dommages-intérêts fondé sur l'article 36 dont la cause serait postérieure au dépôt de l'avis; la disposition civile dont il sera question ci-dessous continuera toutefois de leur être applicable;

- l'immunité couvrirait tout acte accompli conformément aux termes de l'accord, pourvu qu'aucune modification substantielle n'ait été apporté à celui-ci; un nouvel avis serait nécessaire pour toute modification importante;

- le processus d'avis ne serait pas obligatoire; il s'agirait d'une option dont les entreprises désireuses d'écarter toute responsabilité criminelle pourraient se prévaloir, dans les cas, par exemple, où l'applicabilité de l'exception décrite ci-dessus serait incertaine;

- l'avis contiendrait des renseignements sur l'accord et sur les parties et devrait être accompagné des documents pertinents; le commissaire pourrait demander des renseignements supplémentaires s'il estime qu'une analyse plus approfondie est nécessaire pour déterminer s'il convient de prendre des mesures contre l'accord en vertu de la disposition civile;

- des droits minimes seraient imposés pour couvrir les frais de fonctionnement du système d'avis;

- l'avis serait confidentiel, comme c'est le cas pour les préavis de fusionnement, et l'article 29 de la Loi devrait être modifié en conséquence; nous croyons que si les avis étaient publics[78] le système ne serait pas efficace, car les entrepreneurs choisiraient de ne pas en donner plutôt que de voir leurs accords devenir publics. Tant pour le respect de la confidentialité que pour d'autres aspects de notre proposition, il faudrait que les ententes horizontales soient traitées comme les fusionnements.

Comme Warner et Trebilcock le signalent[79], les interdictions *per se*, à cause des limites inhérentes à la rédaction, auront presque toujours une portée trop large et pourront s'appliquer à des accords potentiellement favorables à la concurrence. Même si nous nous sommes efforcés de restreindre la portée de l'interdiction *per se* que nous recommandons en l'assortissant d'une exception applicable aux ententes générant des gains en efficience, il y aura toujours des incertitudes, lesquelles pourront avoir l'effet paralysant décrit plus haut.

Le processus d'avis que nous proposons fournit aux parties à une entente la possibilité d'éliminer tout risque d'engager leur responsabilité criminelle en avisant simplement le Bureau de la concurrence de la teneur de l'accord. Même s'il ne s'agit pas d'un processus d'autorisation, nous sommes conscients que le dépôt d'un avis pourra, dans certains cas, entraîner à bon droit un examen plus approfondi de la part du Bureau et que cette possibilité risque de décourager certaines parties de donner l'avis. Ceux pour qui il est impensable de mettre une entente en oeuvre s'ils courent le moindre risque de sanction criminelle, toutefois, auront l'option de déposer l'avis et d'éliminer ainsi

---

78 Voir P. Hughes *et al.*, précité, note 38.

79 Précité, note 7, aux p. 715 et 716.